

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
DEPARTAMENTO DE DIREITO

LUCAS RIBEIRO DE FARIA

**Jurisprudência Defensiva no Superior Tribunal de Justiça e o Cerceamento de
Defesa no Julgamento de *Habeas Corpus*.**

São Cristóvão/SE

2021

LUCAS RIBEIRO DE FARIA

Jurisprudência Defensiva no Superior Tribunal de Justiça e o Cerceamento de Defesa no Julgamento de *Habeas Corpus*.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para colação de grau no Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe.

Orientadora: Profa. Dra. Andrea Depieri de Albuquerque Reginato.

Coorientador: Prof. Dr. Evânio José de Moura Santos.

São Cristóvão/SE

2021

LUCAS RIBEIRO DE FARIA

Jurisprudência Defensiva no Superior Tribunal de Justiça e o Cerceamento de Defesa no Julgamento de *Habeas Corpus*.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito para colação
de grau no Curso de Direito da
Universidade Federal de Sergipe.

São Cristóvão/SE, 19 de julho de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Dra. Andrea Depieri de Albuquerque Reginato.

Coorientador: Prof. Dr. Evânio José de Moura Santos.

Membra: Profa. Dra. Daniela Carvalho Almeida da Costa.

Membro: Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes.

Dedico este trabalho a Karolina, minha irmã. Tão nova, às vezes, tão confusa, às vezes, tão lúcida, porém, sempre me enchendo de alegria e aquecendo meu coração. Que este texto do seu irmão sirva para te estimular intelectualmente e mostrar o prazer do caminho através dos estudos. Você tem meu apoio incondicional e eterno. Nossa conexão é de outras vidas...

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a força eterna que rege o universo, tão incompreendida por nós, mas chamada de Deus porque o homem necessita criar certa palpabilidade em coisas simples. Reconheço que por mais que minha fé seja, às vezes, vacilante ou distante, sempre senti que uma energia transcendental me acompanha em todos os passos da minha vida.

Agradeço a meus pais, Alexander (Deda), Rubia e John, as três pessoas que mais me influenciaram. Como se completam, cada um com suas peculiaridades, para me ensinar os mais diversos aspectos da vida! Como me deram apoio psíquico e material, sempre me estimulando a ser o melhor de mim! Sou, realmente, um felizardo.

Agradeço à minha incansável companheira Yasmin. São 5 anos que parecem 50. Seu apoio incondicional me move. Parafraseando Vinícius de Moraes, “que seja eterno enquanto dure”.

Agradeço às minhas famílias. Felizmente, enquanto alguns são órfãos, eu tenho muitas famílias e casas para chamar de minhas. Terei gratidão eterna pelas famílias Ribeiro, Faria, Donald, Furlanetto, Melo, Toledo e Matienko.

Agradeço ao escritório Evânio Moura Advogados Associados. Muito obrigado, em especial, a Evânio, grande amigo que muito me ajudou na confecção deste trabalho, e que muito me ensina, tanto sobre o direito quanto sobre a vida. Obrigado também a Matheus, Fábio, Michelle, Ubirajara, Felipe e todos os funcionários. Quando estou lá tenho a certeza de lidar com o ápice profissional e intelectual, e de estar ladeado por amizades que durarão por uma vida.

Agradeço ao escritório Cândido Dortas. A Cândido, Aline e Alex, muito obrigado por todo o aprendizado, pelas amizades e pelas oportunidades de galgar posições no meio da advocacia, inclusive com meu envolvimento na ABRACRIM/SE.

Agradeço aos amigos e professores, aqui representados pela minha orientadora Andrea Depieri. Sem vocês, minha jornada não seria possível.

A todos, digo: meu caminho no direito está apenas começando!

O juiz que, para demonstração de ser a linha reta o caminho mais curto entre dois pontos, cita desde Euclides até os geômetras da quarta dimensão, acaba perdendo a crença em si mesmo e a coragem de pensar por conta própria. Dele jamais se poderá esperar uma solução pretoriana, um milímetro de avanço na evolução da adaptação das leis. O juiz deve ter alguma coisa de pelicano. A vida é variedade infinita e nunca lhe assentam com irrepreensível justeza as roupas feitas da lei e os figurinos da doutrina. Se o juiz não dá de si, para dizer o direito em face da diversidade de cada caso, a sua justiça será a do leito de Procusto: ao invés de medir-se com os fatos, estes é que terão de medir-se com ela (HUNGRIA, Nelson, 1944, p. 573).

RESUMO

Este trabalho analisa o conhecimento, processamento e julgamento de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Considerando o processo judicial eletrônico e o caráter histórico e informal do *habeas corpus*, foi confrontado o severo aumento de processos, em números absolutos, com os conceitos de jurisprudência defensiva e ativismo judicial. Buscou-se aferir, através da análise de julgados e da Edição de Jurisprudência em Teses nº 36 do próprio STJ, se existe um movimento jurisprudencial para estreitar a via do remédio constitucional, cerceando o devido processo legal para compensar a incapacidade qualitativa e numérica do Poder Judiciário. Após a análise histórica, doutrinária e jurisprudencial, constatou-se a existência de um mecanismo de filtragem, com a impossibilidade de onerar o réu por ineficiência estatal, existindo a necessidade de ampliação do Poder Judiciário e de realização de cursos de capacitação de magistrados na área criminal.

Palavras-chave: *habeas corpus*; Superior Tribunal de Justiça; ativismo judicial; jurisprudência defensiva; cerceamento de defesa.

ABSTRACT

This work analyzes the receiving, processing and judging of habeas corpus in the Brazilian Superior Court of Justice. Considering the electronic judicial process and the historical and informal nature of habeas corpus, the severe increase in cases, in absolute numbers, was confronted with the concepts of defensive jurisprudence and judicial activism. The intention was to measure, through the analysis of precedents and the Jurisprudence in Theses Edition nº 36 of the STJ, if it exists a jurisprudential movement to narrow the girth of the constitutional remedy, restricting the due process of law to compensate for the qualitative and numerical incapacity of the Judiciary. After historical, doctrinal and jurisprudential analysis, it was verified the existence of a filtering mechanism, with the impossibility of harming the defendant due to state inefficiency, demanding a Judiciary numerical expansion and training courses for magistrates in the criminal area.

Keywords: *habeas corpus; Superior Tribunal of Justice; judicial activism; defensive jurisprudence; defense curtailment.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 A AÇÃO CONSTITUCIONAL DO <i>HABEAS CORPUS</i> E O EXERCÍCIO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.....	16
2.1 <i>HABEAS CORPUS</i> COMO INSTRUMENTO HISTORICAMENTE PAUTADO NA INFORMALIDADE E FRUTO DE LUTA PELA DEMOCRACIA.	16
2.2 LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL VIGENTES, SOBRE <i>HABEAS CORPUS</i> , NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	23
2.3 BREVES PONDERAÇÕES SOBRE A MATRIZ CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	29
3 PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.	34
3.1 O ADVENTO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E A EXPLOSÃO DOS NÚMEROS DE <i>HABEAS CORPUS</i> E DE RECURSOS ORDINÁRIOS CONSTITUCIONAIS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.	34
4 ESTUDO PRÁTICO. ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS NÃO PREVISTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, DE ACORDO COM A EDIÇÃO Nº 36 DE JURISPRUDÊNCIA EM TESES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.	39
4.1 IMPOSSIBILIDADE DE USO DO <i>HABEAS CORPUS</i> EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO.....	41
4.2 IMPOSSIBILIDADE DE <i>HABEAS CORPUS</i> CONTRA DECISÃO QUE DENEGA LIMINAR, SALVO EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS, POR APLICAÇÃO SIMÉTRICA DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	46
4.3 EXCEPCIONALIDADE DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELA VIA DO <i>HABEAS CORPUS</i> , ADMISSÍVEL APENAS QUANDO DEMONSTRADA FALTA DE JUSTA CAUSA, ATIPICIDADE DA CONDUCTA OU EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. TENTATIVA DE INVIABILIZAR O COLLATERAL ATTACK.	50

5 JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E ATIVISMO JUDICIAL.	54
6 SUBJETIVIDADE DECISÓRIA E CERCEAMENTO DE DEFESA <i>VERSUS</i> SEGURANÇA JURÍDICA E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	62
7 CONCLUSÕES.....	69
REFERÊNCIAS	69
ANEXO A – TABELA COM NÚMEROS DE <i>HABEAS CORPUS</i> , RECURSOS EM <i>HABEAS CORPUS</i> E PROCESSOS DE TODAS AS CLASSES, NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 2006 A 2020.	82
ANEXO B – GRÁFICO COM VARIAÇÃO DE PROCESSOS DISTRIBUÍDOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 2007 A 2020.	83
ANEXO C – GRÁFICO COM VARIAÇÃO DE <i>HABEAS CORPUS</i> DISTRIBUÍDOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 2007 A 2020.	84
ANEXO D – GRÁFICO COM VARIAÇÃO DE RECURSOS ORDINÁRIOS CONSTITUCIONAIS DISTRIBUÍDOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 2007 A 2020.	85

1 INTRODUÇÃO.

Esta pesquisa busca analisar como está sendo dado tratamento ao *habeas corpus* na jurisdição brasileira, principalmente no Superior Tribunal de Justiça. Em todo o meu histórico acadêmico, inclusive devido a influências familiares, a área profissional do direito que sempre fui mais ligado é a advocacia. Através de estágios na Defensoria Pública Criminal do Estado de Sergipe, assim como em quatro escritórios privados, passei a observar como se opera o direito de defesa de um réu em um processo criminal.

Desde logo, através da prática diária, pude notar que é bastante desigual o tratamento que é conferido ao réu e ao seu defensor, em comparação ao tratamento dado ao Ministério Público, enquanto autor da ação penal. Notei que os integrantes do Poder Judiciário, do primeiro grau ao Supremo Tribunal Federal, parecem conservadores quando do julgamento de pedidos da defesa, atuando sob um pretexto de necessário combate à impunidade, de garantir a segurança pública e de desafogar o Poder Judiciário.

De todas as petições que tive oportunidade de fazer, a que sempre me chamou mais atenção foi a de *habeas corpus*. Primeiro, diante da sua capacidade de coibir, de maneira célere, eventual ilegalidade ou abuso de poder quando do cerceamento de liberdade, mesmo que sob ameaça. Segundo, em razão da sua ampla capacidade de análise de mérito, podendo ser utilizado para atacar a legalidade de atos jurisdicionais quando ausente previsão normativa de cabimento de outro recurso, a exemplo do recebimento da denúncia, do não reconhecimento da prescrição e da ilegalidade de interceptações telefônicas.

Passei a observar que mesmo após diversas petições realizadas, durante anos, em escritórios de prestígio, na área criminal, no Estado de Sergipe, a taxa de sucesso era ainda muito baixa se comparada a outros ramos do direito. A quantidade de recursos providos, seja no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, seja nos Tribunais Superiores, era mínima, por melhores que fossem as análises dos autos e as teses desenvolvidas.

Outro ponto que causou severo incômodo foi a fundamentação das decisões

judiciais, muitas vezes realizadas *ad relationem* ou de maneira excessivamente sucinta, incompleta, sem o necessário zelo que exige a liberdade de uma pessoa, quem quer que seja.

Passei, então, a refletir sobre os motivos de serem as petições da defesa criminal tratadas de determinada forma pelo Poder Judiciário. A uma primeira vista, parecia existir uma espécie de conduta velada, implícita, alheia aos Códigos, mas reforçada por movimento jurisprudencial, com fundamento no combate à impunidade e no afogamento do Poder Judiciário em razão do alto número de processos.

Assim, um problema se apresentou: existe na jurisprudência brasileira, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, jurisprudência defensiva que cause cerceamento de defesa do réu?

A análise do fenômeno me parecia imprescindível, considerando principalmente o âmbito da legalidade estrita e da fragmentariedade do Direito Penal, que deve tutelar somente os bens jurídicos mais relevantes, com uma acepção de que no processo penal o objetivo é garantia, com a limitação do *ius puniendi* do Leviatã em face do particular.

Ademais, me parecia completamente plausível a possibilidade de multiplicação em efeito cascata, já que os julgados dos Tribunais Superiores, aplicados principalmente nesta recente fase histórica da Operação Lava-Jato, começavam a resvalar nos casos de menor importância.

Era o precedente de combate à impunidade de determinado político sendo utilizado para legitimar arbitrariedades em crimes de menor gravidade, em varas e juizados criminais de todo o país. A cultura jurídica brasileira pertence, tradicionalmente, ao *civil law*, contudo, o país valoriza muito a jurisprudência como fonte, aplicando os casos precedentes, especialmente, dos Tribunais Superiores.

Desta forma, decidi analisar o *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça em razão da sua função constitucional como pacificador de matéria federal, assim como em razão das suas diversas súmulas aplicadas no país, mas em especial aquelas que impedem o conhecimento e análise de recursos diante da imposição de requisitos formais.

Aprofundando a pesquisa, constatei que o Superior Tribunal de Justiça editou

a Edição nº 36 de Jurisprudência em Teses, versando tão somente sobre *habeas corpus* e suas hipóteses de cabimento. Também notei, analisando os números oficiais da própria Corte, que após o processo judicial eletrônico, o Poder Judiciário brasileiro passou a lidar com um volume muito maior de processos, inclusive, criminais, tendo pouco ou inexpressivo aumento em relação à quantidade absoluta de profissionais atuantes nos mais diversos cargos.

Então, o Superior Tribunal de Justiça disponibiliza julgados da própria Corte, de não conhecimento de *habeas corpus*, por existir, por exemplo, a possibilidade de interposição de recurso na instância inferior. Em relação aos recursos ordinários, alguns acórdãos advogaram a impossibilidade de conhecimento se não houvesse procuração advocatícia juntada aos autos, sendo que o próprio *habeas corpus*, que antecede o recurso, não exige a figura do mandato.

Diga-se que, analisando a legislação e a doutrina, muitas das hipóteses de não conhecimento vistas nos acórdãos não estavam na legislação ordinária ou na Constituição Federal. Por isto que selecionei as três hipóteses de não cabimento de *habeas corpus* que, a meu ver, importam no maior desrespeito às garantias constitucionais, considerando a impossibilidade de trabalhar, neste trabalho, as 18 teses expostas na Edição nº 36 de Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça.

Aprofundando os estudos doutrinários e históricos, adotei como marco teórico a obra de Alberto Zacharias Toron, intitulada “Habeas Corpus - Controle do Devido Processo Legal: questões controvertidas e de processamento do Writ”. No livro, o autor, que é advogado criminalista de muito renome, analisa a chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*” e o histórico do remédio constitucional, à luz das agruras sofridas pela advocacia.

Com a continuidade do estudo, inclusive, de doutrina constitucional e processual penal que buscou suporte em obras históricas, percebi que o *habeas corpus* é um instrumento eminentemente informal e célere, podendo ser impetrado inclusive pelo preso, de próprio punho.

Em razão desta disparidade entre a previsão legal e o suporte histórico do remédio constitucional com o seu tratamento na jurisdição brasileira, parte dos

estudiosos das ciências jurídicas levanta a possibilidade de um movimento denominado “jurisprudência defensiva”, exercido através de um ativismo judicial.

Pareceu inafastável a necessidade de aferir se qualquer método de integração hermenêutica que prejudique o investigado ou acusado é aplicável não só no direito material como no reconhecimento de uma conduta criminosa, mas também no direito processual, inclusive, nas formas de regular o acesso à jurisdição. Afinal, uma das formas de acesso à jurisdição é através do *habeas corpus*.

Por estes motivos, entendi como importante analisar se o cabimento da ação constitucional está sendo indevidamente restringido. Indevidamente, diga-se, em relação à limitação do poder de punir do Estado, que é objeto do direito penal, apesar do oposto senso comum, que entende ser a forma de manutenção do *status quo* quando os bens jurídicos valorados como mais relevantes são violados.

O primeiro passo foi analisar os números oficiais divulgados pelo Superior Tribunal de Justiça, e a Lei nº 11.419/2006, que instituiu o Processo Judicial Eletrônico no Brasil. Para tanto, confeccionei uma tabela com os números de impetrações de *habeas corpus* e de protocolos de recursos ordinários constitucionais, trabalhando com diferenças percentuais e absolutas ano a ano, de 2007 a 2020. Os dados constam no anexo deste trabalho.

Após a análise dos dados oficiais do Superior Tribunal de Justiça e da adoção do livro de Alberto Zacharias Toron como marco teórico, passei a catalogar bibliografia que trabalhasse o direito constitucional de devido processo legal e seus consectários lógicos (contraditório e ampla defesa), assim como de direito processual penal, inclusive especializados em *habeas corpus*. Busquei bibliografia, também, específica sobre ativismo judicial, jurisprudência defensiva, técnica hermenêutica e tópica argumentativa, adotando especialmente as obras de Elival da Silva Ramos sobre ativismo judicial, e de Lênio Streck sobre hermenêutica e integração normativa.

O trabalho está dividido em três partes: primeiro, analiso o instituto do *habeas corpus* e a normativa vigente no Brasil. Depois, passo à análise específica dos números e das teses divulgadas pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao *habeas corpus*. Por fim, faço um confronto entre os dados e as reflexões até então colhidas, para aferir se existe compatibilidade hermenêutico-normativa.

No primeiro capítulo, busquei traçar um histórico do instrumento do *habeas corpus*, desde o seu surgimento, na Inglaterra, no Século XIII, até seus dias atuais, passando por todas as fases do Brasil império, ditatorial e democrático. Também analisei a legislação infraconstitucional, atualmente vigente, que regula o *habeas corpus*, assim como as disposições constitucionais de 1988. Por fim, tracei considerações acerca do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade estrita, considerando a acepção do direito penal que seria essencial para confrontar a natureza do *writ* com o tratamento jurídico que lhe é conferido.

No segundo capítulo, analisei os números oficiais divulgados pelo Superior Tribunal de Justiça e a forma que foram influenciados com a Lei do Processo Judicial Eletrônico, buscando estabelecer um aporte matemático que permita compreender em que medida o aumento de processos ocorreu, e como se dá a distribuição interna, considerando a quantidade de ministros e de servidores da corte.

No terceiro capítulo, busquei destrinchar três temas extraídos da Edição nº 36 de Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, que na minha opinião são os mais relevantes, entretanto mantendo a fonte de estabelecimento de requisitos formais como o próprio Tribunal Superior. Para tanto, me vali dos julgados citados como precedentes na própria Edição nº 36, para não selecionar somente julgados que favoreçam minhas conclusões.

No quarto capítulo, já munido de maior aporte teórico e de análise de dados oficiais, busquei definir os contornos mínimos de jurisprudência defensiva e de ativismo judicial, para entender em que medida poderiam afetar a adequada prestação jurisdicional quando do julgamento do *habeas corpus*.

No quinto capítulo, já como encaminhamento para as conclusões e sem qualquer pretensão de esgotar o tema, analisei como a subjetividade decisória e a manipulação de critérios hermenêuticos poderiam acarretar o cerceamento de defesa, a insegurança jurídica e o vilipêndio às garantias fundamentais, especialmente dando ao *habeas corpus* tratamento jurisprudencial que não é condizente com a legislação vigente e com seu teor histórico.

Pareceu ser essencial analisar, mesmo que brevemente, a cultura inquisitória e de menoscabo às garantias que vicejam no Brasil, como se o direito de ampla defesa

fosse ser conivente com a impunidade de parcela minoritária e estigmatizada que não é responsável pela administração da Justiça.

Para tanto, me vali especialmente de conteúdos normativos oficiais e divulgados no sítio eletrônico do Planalto Central Brasileiro, no escopo de analisar o histórico legislativo do país. Também utilizei notícias oficiais de Tribunais Brasileiros, artigos científicos e notícias jornalísticas da imprensa.

Sem rodeios, formulo como pergunta central deste trabalho, talvez não respondida, mas que deve ser objeto de reflexão: o Superior Tribunal de Justiça, ao produzir uma jurisprudência que dificulta a apreciação dos casos na Corte, cerceia o direito de defesa do réu?

2 A AÇÃO CONSTITUCIONAL DO *HABEAS CORPUS* E O EXERCÍCIO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

2.1 *HABEAS CORPUS* COMO INSTRUMENTO HISTORICAMENTE PAUTADO NA INFORMALIDADE E FRUTO DE LUTA PELA DEMOCRACIA.

O direito de defesa é caro à sistemática do direito penal. A interpretação da forma de oposição ao direito de punir do Estado, seja no direito material ou no direito processual, é questão discutida há séculos por estudiosos do direito criminal.

Existe um contexto histórico arraigado em acontecimentos que estão imbuídos de violações aos direitos humanos, como a inquisição da Igreja Católica, ocorrida na Europa, e diversas ditaduras no mundo, algumas ainda existentes. Abundantes são os relatos e estudos de períodos em que o aparato estatal, periodicamente dominado por diversos lados ideológicos, protagonizou perseguições aos opositores do sistema, muitas vezes inflamados por revoltas sociais.

A questão é antiga, indo desde a frase “O Estado sou eu”, máxima atribuída ao Rei Luís XIV (França), até o período de Ditadura Militar no Brasil, de 1964 a 1985.

O contexto histórico resvala no direito penal e no processo penal. Como a *persecutio criminis* é efetivada pelo Estado, sua maneira de organização e sua postura em relação aos direitos humanos são decisivas para analisar o desenrolar dos processos criminais.

Mesmo assim, desde a Magna Carta inglesa de 1215 que já nascia um importante instrumento para combate à repressão e efetivação de garantias fundamentais: o *habeas corpus*.

O instrumento, erigido no ordenamento jurídico brasileiro ao porte de ação constitucional, tem suas bases pautadas na informalidade, velocidade de análise e facilidade de cognição, sendo meio praticamente instantâneo para levar ao judiciário o açoite sobre a liberdade de um indivíduo, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

No Brasil, o *writ* é utilizado não só para revisar prisões ilegais, mas também como meio de ataque colateral a outras ilegalidades que ocorrem no processo penal,

não impugnáveis por outra forma recursal diante da inexistência de recurso específico na legislação.

A normativa aplicável, seja no Código de Processo Penal, seja, especialmente, na Constituição Federal, não parece estabelecer requisitos excessivos para conhecimento e julgamento de *habeas corpus*, limitando-se a regular as questões mínimas para que haja a efetiva prestação jurisdicional.

O *Habeas Corpus*, em tradução livre, significa “tragam o corpo”, ou “exibam o corpo”, e faz referência à ordem dada por Tribunais da Idade Média a carcereiros ou responsáveis pela tutela do preso, ainda na Inglaterra, a partir do ano de 1215.

Na verdade, a Magna Carta Inglesa não criou o que conhecemos hoje como remédio constitucional, mas constituiu marco histórico para frear o absolutismo oriundo da Monarquia, estabelecendo instrumentos pautados em garantias individuais face ao Estado¹.

Não sem motivo que o *habeas corpus* surge como reação ao totalitarismo. Um é o oposto do outro, a antítese, sem qualquer relação de completude, mas sim de antagonismo.

Na Inglaterra, o Rei João Sem Terra, tido como um dos monarcas mais autoritários da história, reinou do período de 1199 a 1216 e instituiu diversos tributos abusivos para financiar a guerra contra a França, iniciada em 1204. A Magna Carta Inglesa de 1215 foi imposta à Monarquia por pressão dos próprios barões da época que, apesar de comporem a elite, estavam completamente insatisfeitos com os abusos autoritários:

O absolutismo dos reis, na Idade Média, é historicamente reconhecido como um dos males mais visíveis à liberdade individual em todos os seus aspectos. A cobrança abusiva de impostos, muitos dos quais possuíam nítido caráter confiscatório, associada ao poder de prender qualquer pessoa, desprovida do devido processo legal, evidenciava esse totalitarismo, que, sem dúvida, desagradou à própria elite de vários lugares. (NUCCI, 2017, p. 18).

Apesar do precedente da Magna Carta Inglesa, prisões arbitrárias continuaram

¹ Item n. 39 da *Magna Charta Libertatum* de 1215: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país” (MIRANDA, 1980, p. 15, *apud* TORON, 2017, p. 37).

ocorrendo, gerando um movimento nacionalizado na Inglaterra que culminou na edição do *Petition of Rights* de 1628, e somente após, no instrumento *habeas corpus*, na forma embrionária do que se conhece modernamente como ação constitucional, com as Leis do *Habeas Corpus* (*Habeas Corpus Act*, de 1679 e de 1816).

Mesmo que o *habeas corpus* tenha surgido, como conhecemos, no Direito Inglês, os Romanos já utilizavam o *interdictum de homine libero exhibendo*, ordem que o pretor dava para trazer o cidadão ao julgamento, no intuito de avaliar a legalidade da prisão realizada. Trata-se de instrumento que impôs severa influência no direito ocidental, sendo que “os romanos já conheciam uma garantia criminal preventiva” (FERREIRA, 1982, p. 20, *apud* GONÇALVES, 2017, p. 663).

Salta aos olhos que, não obstante os diversos movimentos legislativos ingleses, a arbitrariedade na realização de prisões é algo tão arraigado nas relações humanas estruturadas através do poder que são necessários séculos de evolução histórica e debates para sedimentar minimamente um direito praticamente jusnaturalista: a liberdade.

Entende-se que a importância do *habeas corpus* não está relacionada simplesmente à tentativa de soltar os culpados, mas sim de garantir, mesmo que minimamente, um devido processo legal para a realização de prisões fundamentadas e não arbitrárias e, quando necessário, garantir o direito de ir e vir de alguém preso injustamente, para que responda em liberdade.

No Brasil, é praticamente consenso que o *habeas corpus* surgiu no Código Criminal de 1832 (Lei 29, de novembro de 1832), sendo determinado que tem direito à ordem de *habeas corpus* “Todo cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade” [*sic*] (BRASIL, 1832, art. 340). Percebe-se que mesmo em 1832, o instrumento era direito de qualquer cidadão do povo que, inclusive, podia impetrar a ordem, não dependendo somente de operadores do direito.

Interessante notar que a Lei 29/1832 foi promulgada pelo então Imperador Dom Pedro II, Regente do Império, que apesar de Monarca já governava um país dividido em diversas comarcas, atribuindo ao Poder Judiciário a função de zelar pela aplicação

da legislação².

O Código Criminal de 1832 dedicou um título inteiro (Título VI) para regulamentar o *habeas corpus*, mencionando regras de competência e de procedimento, assim como sanções para as autoridades ou agentes de Estado que descumprissem as ordens judiciais. Foi considerado progressista e reacionário à Codificação Portuguesa Absolutista. Surgiu numa conjuntura de insatisfação popular aos abusos praticados pelos Juízes de Paz, figura criada pela Constituição de 1824 que concentrava as atribuições de investigar, processar e julgar acusados, em notório sistema inquisitivo. Estas sanções, até então inconcebíveis para a época, foram alvo de reforma, em 1841 (Lei nº 261/1841), em razão da “conjuntura política denominada ‘reação conservadora’, tendo por finalidade rever a ordem jurídica extremamente liberal instituída no período de Regência”³.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1891, o *habeas corpus* foi elevado à condição de garantia constitucional, como instrumento apto “sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder” (BRASIL, 1891, art. 172, § 22).

Sobreleva mencionar que, justamente nesse contexto, o *habeas corpus* começou a ganhar hipóteses de elasticidade, na formação da chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, chegando-se ao extremo de conceder a ordem para: anular ato administrativo que mandou cancelar matrícula de aluno em escola pública; determinar a concessão de uma segunda época de exames a estudantes; garantir a realização de comícios eleitorais e; garantir o exercício de profissão (PELLEGRINI; MAGALHÃES; SCARANCE, 2005, pp. 268-269 *apud* TORON, 2017, p. 42).

Exemplo clássico é o julgamento do *Habeas Corpus* nº 3697⁴, impetrado em favor de Nilo Peçanha contra o Estado do Rio de Janeiro. O paciente, eleito, à época,

² Neste sentido: “Nas Províncias do Imperio, para a Administração Criminal nos Juizos de primeira instancia, continuará a divisão em Districtos de Paz, Termos, e Comarcas” [*sic*] (BRASIL, 1832, art. 1º).

³ Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832. MAPA - Memória da Administração Pública Brasileira. Governo Federal, 2016. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/282-codigo-de-processo-criminal-de-primeira-instancia-de-1832>>. Acesso em: 03.02.2021.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 3697. Paciente: Nilo Peçanha. Impetrado: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Enéas Galvão. Rio de Janeiro/RJ, julgado em 16.12.1914. Publicado na Revista do STF, jul./set./1915, p. 3-28.

Governador do Estado do Rio de Janeiro, pediu que fosse garantido o direito de exercício do cargo sem constrangimentos ou ameaças pelo Governo Federal. O Min. Enéas Galvão concedeu a ordem, em voto que sagrou-se vencedor por maioria, tendo o julgamento ocorrido em 16.12.1914.

Estas hipóteses de elastecimento do cabimento de *habeas corpus*, oriundas desde o início da década de 1890, contribuíram para o discurso de que existe uma via estreita de conhecimento e análise do mérito processual. Existem diversas decisões de tribunais, como será exposto adiante especialmente em relação ao Superior Tribunal de Justiça, deixando de conhecer ou conhecendo parcialmente a ordem, ou às vezes concedendo-a, inclusive, de ofício.

A próxima menção ao *habeas corpus* se deu com a reforma constitucional de 1926, garantindo o *habeas corpus* “sempre que alguém sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção” (BRASIL, 1926, art. 72, § 22).

Interessante que, provavelmente numa tentativa de frear as hipóteses de cabimento e o manejo do *writ*, tanto as Constituições de 1934 (art. 113, inc. 23) quanto de 1937 (art. 122, inc. 16) consagravam o direito à impetração da ordem às mesmas hipóteses: sofrimento ou iminência de sofrimento de violência ou coação ilegal no direito de liberdade, salvo nos casos de punição disciplinar. Percebe-se a primeira tentativa de cercear as hipóteses de cabimento do mecanismo.

Inclusive, durante a vigência da Constituição Brasileira de 1937 (Estado Novo de Getúlio Vargas) foi promulgado o Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor, com clara inspiração no Fascismo italiano (TORON, 2017, p. 44).

Desta forma, existia notória incompatibilidade entre a Constituição de 1937, que consagrava o direito à impetração da ação constitucional, e o Código de Processo Penal posteriormente promulgado, ainda vigente e alvo de diversas reformas, com inspiração em regime totalitário.

A Constituição de 1946 previu o instituto do *habeas corpus* no art. 141, § 23. Vaticinava a Carta que era possível a concessão do *writ* “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 1946). É pertinente notar que foi a

primeira vez, no ordenamento jurídico brasileiro, que uma constituição previu a possibilidade do *habeas corpus* preventivo, eis que não mais se exigia a “iminência” das cartas anteriores.

Em 1964 teve início a Ditadura Militar no Brasil, e foi editado, em 1968, o Ato Institucional nº 5, na Presidência de Artur Costa e Silva. Previu o ato, no art. 10, que “Fica suspensa a garantia do *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular” (BRASIL, 1964).

Um ano depois foi promulgado o Ato Institucional nº 6, em 1969, sendo que o texto do art. 1º alterou o art. 114, II, “a”, da então Constituição Federal de 1967, para que as decisões denegatórias de *habeas corpus* em Tribunais locais ou federais não pudessem ser recorridas por pedido originário em Corte Superior, sendo obrigatório o manejo de Recurso Ordinário Constitucional (BRASIL, 1967).

O ato atacava o procedimento do *habeas corpus*, de forma que se perdia muito na celeridade de impetração do *writ* diretamente na Corte Superior, sem a necessidade de aguardar a demorada tramitação do Recurso Ordinário Constitucional. Sobredits atos institucionais buscavam, dentre outras medidas, rebater um ativismo do Supremo Tribunal Federal, que atuou como verdadeira resistência ao regime militar:

O período democrático iniciado em 1945, com o fim da ditadura do Estado Novo de Getúlio Vargas, é interrompido. Inaugura-se o regime militar, que vai durar 21 anos, de 1964 a 1985. Os militares o justificaram como sendo uma forma de manter a ordem social e proteger o país do comunismo, restabelecendo a democracia. No entanto, as instituições do país começam a ser alteradas por decretos, batizados de Atos Institucionais (AI).

O Supremo Tribunal Federal (STF) não ficou imune aos efeitos do golpe. Nos primeiros anos da ditadura, até a decretação do AI-5, em 1968, ainda era possível conceder *habeas corpus* a presos políticos. Com o AI-5, suspenderam-se os *habeas corpus* para os crimes políticos e para os crimes contra a segurança nacional, a ordem econômica e social, e a economia popular.

Houve, no entanto, movimentos de resistência de ministros do Supremo durante todo o regime militar.⁵

Convém mencionar que, não obstante todo o contexto da Ditadura Militar no

⁵ **O Supremo Tribunal Federal e o Golpe de 64.** Supremo Tribunal Federal, 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62507>>. Acesso em: 07.02.2021.

Brasil, a própria Constituição Federal de 1967, promulgada no auge do regime, manteve a previsão da garantia do *habeas corpus* no art. 150, § 20, toda vez que alguém sofresse ou se visse ameaçado de sofrer “violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”, todavia, não sendo cabível nos casos de transgressões disciplinares (BRASIL, 1967).

Entretanto, convém ressaltar que a vedação para concessão de *habeas corpus* em procedimentos disciplinares não foi inaugurada na sobredita Carta Magna, promulgada em pleno regime ditatorial, mas no Código de Processo Penal atualmente em vigência, que prevê a hipótese de não cabimento no seu art. 647 (BRASIL, 1941).

Entrementes, salta aos olhos que a vedação de *habeas corpus* para punições disciplinares existia nas Constituições Brasileiras de 1934 e 1937, desaparecendo na Constituição de 1946, todavia, retornando na Carta de 1967, o que revela uma tentativa do Governo Ditatorial de novamente restringir o campo de incidência da ação originária constitucional.

O texto da Constituição promulgada na Ditadura Militar se harmoniza com o propósito do movimento. Necessitando o governo das forças armadas para garantir a manutenção do regime, a vedação de *habeas corpus* aos casos de transgressão disciplinar era mais um meio de coagir os integrantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica a não contestarem ordens de superiores, assim como de manter eventuais punições, mesmo que injustamente aplicadas.

Também foi na Constituição de 1967 que apareceu, através do Ato Institucional nº 6, a vedação de manejo do *habeas corpus* de forma substitutiva a recurso (BRASIL, 1967):

Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

II - julgar, em recurso ordinário:

a) os *habeas corpus* decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário;

A determinação não subsiste nos dias atuais, ao menos em dispositivo constitucional ou infraconstitucional. Entretanto, existe um movimento jurisprudencial para estreitar as vias de cabimento a *habeas corpus*, a exemplo da Súmula 691 do

Supremo Tribunal Federal, que será tratada em momento oportuno.

Sobreleva mencionar que o AI-6 (BRASIL, 1969) também alterou⁶, no seu art. 1º, a composição do Supremo Tribunal Federal para 11 ministros. Portanto, diante da vedação legal de manejo do *writ* como substitutivo a recurso próprio, a tramitação para análise caso a caso foi naturalmente retardada, considerando que interposto o recurso em *habeas corpus* no Tribunal de Justiça ou Federal, era necessário aguardar as contrarrazões do Ministério Público para só então remeter os autos a Brasília, procedimento que mesmo nos dias atuais, com o processo judicial eletrônico, é moroso.

Após a Constituição de 1967, com o fim da Ditadura Militar em 1985, o país passou por um processo de reestruturação democrática, com a promulgação da vigente Constituição de 1988.

Permanece em vigor o Código de Processo Penal de 1941, cujas normas foram amplamente analisadas pelo Supremo Tribunal Federal. É de comum entendimento que a maior parte das normas jurídicas que compõem o seu repertório foram devidamente recepcionadas pela Carta Magna, salvo pontuais exceções.

2.2 LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL VIGENTES, SOBRE *HABEAS CORPUS*, NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Com o fim da Ditadura Militar e o processo de redemocratização brasileira, foi promulgada a Constituição Federal de 1988. O texto é garantista, extenso, analítico, programático, escrito e de grande amplitude, regulando a estrutura do Estado, obrigações tributárias, direitos sociais e coletivos, regência profissional de servidores públicos, dentre outros assuntos.

Com o fim da Ditadura Militar e o processo de redemocratização brasileira, foi promulgada a Constituição Federal de 1988. O texto é extenso, analítico e

⁶ Art. 1º - Os dispositivos da Constituição de 24 de janeiro de 1967 adiante indicados, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de 11 (onze) Ministros [...]"

programático; adota a democracia como regime de governo; reconhece os direitos civis e políticos como fundamentais, assim como os direitos sociais e coletivos, regulando a estrutura do Estado, as obrigações tributárias, regência profissional de servidores públicos, dentre outros assuntos. E especialmente, o que é de interesse central para esse trabalho, confere ao *Habeas Corpus* o *status* de ação constitucional.

O texto constitucional vigente está alicerçado no conceito de Estado Democrático de Direito, eis que emanou da vontade do povo e garantiu uma democracia representativa e participativa com a consagração de direitos coletivos e individuais:

[...] entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição Brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se *democrático* aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos. (MENDES, 2009, p. 171)

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, acredita que a Magna Carta de 1988 é a melhor do mundo. Segundo o ex-ministro⁷, o Brasil estaria “mal das pernas”, porque o país tem “andado de costas para sua Constituição”. O problema não seria o texto, mas sua aplicação. De fato, a concretização dos direitos humanos fundamentais tem se colocado como o maior desafio para os estados democráticos.

É justamente no capítulo dos direitos individuais que se consagra a garantia do habeas corpus, fruto do breve panorama histórico tratado anteriormente, aqui reproduzida em sua literalidade devido à importância do instituto para este trabalho:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

⁷ Constituição do Brasil é a melhor do mundo, diz Carlos Ayres Britto. **TV Senado, 2018**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z9y30Si0jOE>>. Acesso em: 06.03.2021.

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;
 [...]
 LXXVII - são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania. (BRASIL, 1988)

Garante o texto constitucional a utilização do *habeas corpus* para quem sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Ainda, a ação constitucional é completamente gratuita, eis que forma necessária de exercício da cidadania.

Por ilegalidade, “deve-se entender o que é contra o ordenamento jurídico, nas suas variadas possibilidades”, enquanto por abuso de poder, “entende-se o uso excessivo de força, emanada de autoridade, com desvio legal ou moral” (NUCCI, 2017, p. 88).

Consagra a Constituição Federal, de forma expressa, a possibilidade de *habeas corpus* preventivo, ou seja, mesmo que não exista ainda a violência ou a coação, mas exista a iminência comprovada. Não é incomum que esses instrumentos sejam utilizados nos tribunais brasileiros, existindo na jurisprudência casos de concessão preventiva da ordem.

Determina, ainda, a lei máxima que pode ser impetrado *habeas corpus* para conter ilegalidade ou abuso de poder, sendo a ilegalidade uma restrição do direito de liberdade fora das hipóteses previstas na legislação, e o abuso de poder uma utilização indevida do *ius imperii* por parte de determinado agente público.

Veja-se que, por uma interpretação literal do texto constitucional, a expressão “ameaça à liberdade de locomoção” englobaria não só um ato imediato, como uma prisão realizada, mas todo um processo criminal, mesmo que o réu responda em liberdade, considerando que ao final do procedimento pode ser executada uma pena privativa de liberdade.

Já no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), apesar de anterior à Magna Carta, seu texto sobre *habeas corpus* foi considerado devidamente recepcionado. O procedimento pertinente está regulado no Título II, Capítulo X, nos artigos 647 a 667.

O art. 647 praticamente reproduz a previsão constitucional de cabimento de *habeas corpus*, contudo apenas com a diferença de vedação de concessão em caso

de punição disciplinar. Obviamente, considerando a necessidade de compatibilização constitucional, não existindo na Lei Maior qualquer vedação nesse sentido, não é possível aceitar interpretação restritiva oriunda de decreto-lei.

O art. 648, por sua vez, estabelece as hipóteses em que existe coação ilegal:

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

- I - quando não houver justa causa;
- II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
- III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;
- IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;
- V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;
- VI - quando o processo for manifestamente nulo;
- VII - quando extinta a punibilidade.

Questão pacífica é a ausência de taxatividade do rol previsto no artigo acima transcrito, considerando sua necessária compatibilização com o abrangente texto constitucional. O rol é meramente exemplificativo. Obviamente, é descabido “supor que a lei ordinária pudesse cercear a utilização do remédio constitucional, já que a Constituição estabelece a validade de uso do *habeas corpus*” (NUCCI, 2017, pp. 87-88).

Segue o Código de Processo Penal determinando que a concessão da ordem não obstará nem porá termo ao processo, desde que não haja conflito de fundamentos (art. 651). Determina que o processo seja renovado se o *habeas corpus* for concedido em razão de sua nulidade (art. 652), e ainda, que as custas serão de responsabilidade da autoridade coatora caso comprovados evidente abuso de poder ou má-fé (art. 653).

Interessante que além da previsão de pagamento de custas por parte da autoridade coatora, ainda existe a possibilidade de pagamento de multa (art. 655) aplicável a carcereiro, diretor de prisão, escrivão, oficial de justiça, autoridade judiciária ou policial que “embaraçar ou procrastinar a expedição de ordem de *habeas corpus*, as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação do paciente ou a sua soltura”.

O artigo 654 traz os únicos requisitos formais que deve conter a petição de *habeas corpus*, como o nome da pessoa que sofre a coação ilegal, a declaração da espécie de constrangimento com as razões fundantes e a assinatura do impetrante ou alguém a seu rogo. Requisitos mínimos, diga-se, para que alguma autoridade

judicial tenha um mínimo de lastro para analisar o pedido de concessão da ordem e declarar a cessação da violência ilegal.

O mesmo artigo, no segundo parágrafo, determina talvez a maior problemática para a insegurança jurídica atual: “Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”.

Sobreleva mencionar que a própria Lei nº 8.906/94, Estatuto da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, determina no art. 1º, § 1º, que “não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal”, garantindo a qualquer pessoa do povo a possibilidade de impetração da ação constitucional.

Voltando ao Código de Processo Penal, o artigo 656 materializa a etimologia da expressão “*habeas corpus*”, regulando a possibilidade de apresentação imediata do preso ao Tribunal competente, salvo nas exceções do artigo 657.

Ademais, existem no artigo 660 o prazo de 24 horas para julgamento (*caput*), a previsão de determinação de cessação imediata da coação em caso de suficiência documental (parágrafo segundo) e de soltura imediata (parágrafo primeiro), a possibilidade de arbitramento de fiança (parágrafo terceiro) e, ainda, de salvo conduto (parágrafo quarto).

Por fim, os artigos 662 e 663 regulam a possibilidade da requisição de informações complementares à autoridade coatora ou de desnecessidade de diligências, enquanto o artigo 664 determina que o *writ* deverá ser julgado na primeira sessão subsequente, podendo-se adiar para a sessão seguinte, caso necessário.

Percebe-se a presença de amplo espectro normativo para o manejo do *writ*, sendo de bom alvitre valer-se dos ensinamentos do Min. Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, quando da abertura de divergência para exarar o voto vencedor, para se ter uma ideia da relevância do remédio constitucional:

O *habeas corpus* é uma ação constitucional de envergadura maior, e o é porque inerente a um princípio constitucional explícito, implícito, e diria próprio ao direito natural, que é o princípio-base da vida: a liberdade. Não sofre o *habeas corpus* qualquer peia. Contenta-se a ordem jurídica constitucional com o concurso de três elementos, envolvido aí o próprio

Estado-Juiz: o primeiro, ter-se como configurada uma ilegalidade; o segundo, o cerceio ou a ameaça - contenta-se a ordem jurídica constitucional com a simples ameaça de cerceio à liberdade de ir e vir -; e o terceiro, para chegar-se ao objeto buscado pelo *habeas corpus*, a existência de um órgão a que se possa recorrer.⁸

As palavras do Ministro são condizentes com a legislação internacional aplicável no Brasil, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)⁹, ratificada e introduzida no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 678, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso (BRASIL, 1992), que assim dispõe acerca do direito à liberdade:

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condiciona a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu¹⁰ que por não ter sido incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro através de emenda constitucional, teria o Pacto posição hierárquica de supralegalidade no ordenamento jurídico brasileiro - abaixo da Constituição, acima da lei. Corolário, encontrando-se uma lei ordinária ou complementar em conflito o sobredito Pacto Internacional, deve ser resolvida a antinomia por critério hierárquico, sobrepondo-se o diploma superior ao inferior.

Em suma, percebe-se pouca regulamentação jurídica acerca do procedimento do *habeas corpus* no Código de Processo Penal, que prevê, inclusive, hipóteses de responsabilização da autoridade coatora (art. 655), assim como uma regulamentação

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 86.864/SP. Impetrante: José Roberto Batochio. Paciente: Flávio Maluf. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, julgado em 20.10.2005. Publicado em 16.12.2005.

⁹ 1 ed. Sage Publications, Inc, 2008. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos ("**Pacto de San José de Costa Rica**"), 1969.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Recorrente: Branco Bradesco S.A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília/DF, julgado em 03.12.2008. Publicado em 05.06.2009.

praticamente inexistente na Constituição Federal de 1988 e no Pacto de San José da Costa Rica, salvo sobre o direito material à liberdade e ao uso da ação constitucional.

2.3 BREVES PONDERAÇÕES SOBRE A MATRIZ CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

A Constituição Federal de 1988, com cerne processual eminentemente garantista, trouxe verdadeira inovação constituinte originária por ser extensamente analítica¹¹. Nenhuma Constituição anterior descreveu de forma tão extensa matérias como organização do Estado, repartição dos poderes, direitos sociais e trabalhistas, competências tributárias e garantias aos litigantes em processos judiciais e administrativos.

O quinto artigo da Carta, sem dúvidas, é o dispositivo que ganha maior relevância ao propor igualdade material perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo a nacionais e estrangeiros residentes no país a “*inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*” (BRASIL, 1988, art. 5º).

Mais que isso, determinou a Constituição Federal, em normas erigidas ao *status* de cláusula pétrea, ou seja, imutáveis mesmo que desafiadas por emenda constitucional, o necessário respeito à anterioridade penal, assim como ao devido processo legal em processos judiciais, com exercício do contraditório e da ampla defesa:

Art. 5º. *Omissis*.

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

[...]

¹¹ Adota-se a posição de que as constituições analíticas se “desdobram numa infinidade de normas no afã de constitucionalizar todo o conjunto da vida social” (MENDES, 2009, p. 19). É o caso da Constituição Brasileira, que segundo o autor se opõe à Constituição dos Estados Unidos da América, por exemplo, que tem mais de 200 anos de vigência. Desta maneira, cada constituição reflete as “crenças e tradições de cada povo”, não podendo ser trocadas ou permutadas entre países sem a devida análise à realidade local.

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 1988)

A noção de legalidade, no direito e no processo penal, não pode - nem deve - ser tratada da mesma forma que nos demais ramos do direito. Trata-se, aqui, de legalidade absolutamente estrita, tanto que o art. 1º do Código Penal (BRASIL, 1940) determina que não há crime sem lei anterior que o defina, definindo a aplicação máxima da tipicidade, conforme o famoso brocardo "*nullum crimen sine lege*". Igualmente, também determina que não há pena sem a prévia cominação legal, sendo necessária expressa previsão no texto normativo para que uma sanção penal seja imposta a um indivíduo (*nulla poena sine lege*).

Percebe-se que no campo do direito penal não existe espaço para que a técnica hermenêutica possa colmatar lacuna normativa em relação à previsão de um fato como crime, ou à aplicação de pena sem determinação legal, valendo-se de interpretação analógica ou extensiva.

O Código Penal Brasileiro adota três requisitos para que esteja configurado o crime: o fato deve ser típico, ilícito e culpável¹². O segundo e o terceiro estágio da aferição do delito são procedidos por critérios de exclusão (excludentes de ilicitude e culpabilidade). Se o ato não foi praticado em legítima defesa, exercício regular de direito, estado de necessidade ou estrito cumprimento do dever legal, tem-se a ilicitude. Se o agente é imputável, tem potencial consciência de ilicitude e dele é exigível conduta diversa, existe a culpabilidade.

Já no primeiro estágio, para analisar se existe fato típico, são necessários quatro elementos: ato, nexa causal, dano e tipicidade. Depreende-se que um ato (comissivo ou omissivo) deve estar unido a um dano - salvo se crime de perigo abstrato - através de nexa causal. Contudo, mesmo que presentes ato, nexa causal e dano, acaso a conduta não esteja tipificada em lei como proibida, no Código Penal ou

¹² Apesar das divergências doutrinárias acerca da Teoria do Delito (Teorias bipartite, tripartite, tetrapartite), este trabalho considera a aplicabilidade do art. 397, II, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que determina a absolvição sumária judicial quando existir manifesta causa excludente de culpabilidade do agente, excluindo, por conseguinte, o crime. Portanto, a culpabilidade não seria mero pressuposto de aplicabilidade da pena, mas verdadeira condição para a existência do delito.

na legislação extravagante, não existe o fato típico, e sequer são analisadas as demais etapas do crime (ilicitude e culpabilidade):

A tipicidade é a adequação do comportamento humano ao tipo de ilícito contido na norma incriminadora. Ou, em outras palavras: é a conformidade do fato à imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo legal.

A distinção entre tipo e tipicidade é muito bem colocada por Zaffaroni, ao dizer que o tipo é uma figura que resulta da imaginação do legislador, enquanto que o juízo de tipicidade é a averiguação que sobre uma conduta se efetua para saber se apresenta os caracteres imaginados pelo legislador (DOTTI, 2012, p. 399).

E, por óbvio, se não existe crime nem pena sem expressa previsão legal, igualmente inexistente pena sem o devido processo legal (*nulla poena sine iudicio*).

O devido processo legal é garantia não só procedimental que ultrapassa critérios objetivos e processuais, mas também de cunho eminentemente democrático que visa coibir abusos possivelmente praticados pelo Estado-Juiz, na concepção hobbesiana do Leviatã¹³. Na aplicação da lei deve ser perseguido o ideal de justiça, respeitando-se as garantias fundamentais inerentes a cada indivíduo.

No processo penal existe, de um lado, toda a máquina estatal composta principalmente pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público (efetiva parte¹⁴ processual) e, do outro, amparado de forma técnica tão somente pelo defensor (advogado ou defensor público), o réu, tão estigmatizado e hipossuficiente face à capacidade de quem acusa e julga.

Em razão desta desproporcionalidade que os princípios do contraditório e da ampla defesa ganham expressiva tônica, não bastando ao réu criminal que tenha o mero direito de resposta, mas sim que tal resposta seja proporcional (contraditório efetivo) através do uso de todos os recursos e meios lícitos (ampla defesa) no ordenamento jurídico brasileiro:

A noção de devido processo legal, então, deve abarcar não apenas o princípio do contraditório, como ainda outros princípios, sendo eles: ampla

¹³ “Para Hobbes, o poder tem uma origem. [...] Os indivíduos, para salvar as suas vidas e preservar os seus bens, instituiriam um poder soberano comum, que deveria proteger as suas vidas e também garantir que se possa gozar da propriedade, algo de impensável no estado de natureza” (MENDES, 2009, p. 216).

¹⁴ Apesar das controvérsias doutrinárias, adota-se o conceito de Ministério Público como parte processual, a teor da interpretação literal do art. 212 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

defesa, direito ao recurso, juízo natural, direito ao advogado, entre outros.
[...]

Logo, a noção de devido processo ultrapassa a esfera da legalidade, como conjunto de normas infraconstitucionais, e se insere à órbita da constitucionalidade, permitindo a afirmação não mais de um “devido processo legal”, mas agora de um “devido processo constitucional”. (FERNANDES, 2017, p. 519)

Deve-se exercer a filtragem do processo penal moderno, regido em sua maior parte por um Código de Processo Penal promulgado em 1941, para que seja estabelecida uma adequação jurídico-normativa com a Constituição Brasileira de 1988, sob pena de incidir flagrante inconstitucionalidade, passível de controle difuso em determinado caso concreto, ou concentrado, com modulação de efeitos *erga omnes* realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste pensar, a Constituição Federal de 1988 garante, no art. 5º, LV, o duplo grau de jurisdição. Por sua vez, o inciso XXXVII determina que “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*”, materializando, juntamente com as garantias ao Estatuto da Magistratura (BRASIL, 1988, art. 93), o Princípio do Juiz Natural, que também compreende a imparcialidade de jurisdição.

Garante, ainda, o Pacto de San José da Costa Rica¹⁵, no art. 7, a liberdade física sem encarceramento arbitrário e o julgamento em prazo razoável por juiz imparcial. Já no art. 8 estão escritos os direitos do acusado de preparar sua defesa, ser assistido por um defensor, inquirir testemunhas, não ser obrigado a depor contra si mesmo nem se declarar culpado e de recorrer da sentença.

Mais do que pautas de direitos humanos que, sem a pretensão de esgotar o tema, possuem histórico em amplo combate à inquisição (que concentra o poder de acusar e julgar nas mãos de uma mesma figura estatal, muitas vezes maculada pela parcialidade), compreende-se que o processo penal neoconstitucional¹⁶ é verdadeira materialização da democracia, enquanto compatibilização da proporcionalidade de aplicação do *ius puniendi* naquele que origina o poder estatal: o povo. Abalizada

¹⁵ 1 ed. Sage Publications, Inc, 2008. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“**Pacto de San José de Costa Rica**”), 1969.

¹⁶ O neoconstitucionalismo surge como teoria apta a evitar a necessidade de previsão normativa de todas as hipóteses possíveis de concretização de valores heterogêneos incorporados por determinada constituição. Busca materializar os ditames constitucionais através de aplicação principiológica, diante da descrença “no caráter científico da descrição, por considerar que as características do Direito do Estado constitucional democrático inviabilizam uma rígida dicotomia entre as funções de descrição e prescrição atribuídas à teoria jurídica”.

doutrina assim explica a gradual transição mundial da monarquia à democracia constitucional:

Terminado o conflito, a revelação dos horrores do totalitarismo reacendeu o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana contra os abusos dos poderes estatais. Os países que saíram do trauma dos regimes ditatoriais buscam proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz. O Parlamento, que se revelou débil diante da escalada de abusos contra os direitos humanos, perde a primazia que o marcou até então. A Justiça Constitucional, em que se viam escassos motivos de perigo para a democracia, passa a ser o instrumento de proteção da Constituição — que, agora, logra desfrutar de efetiva força de norma superior do ordenamento jurídico, resguardada por mecanismo jurídico de censura dos atos que a desrespeitem. (MENDES, 2009, p. 224)

Não é forçoso concluir que os princípios e as regras constitucionais fundantes do ordenamento jurídico brasileiro, seja inaugurando determinada matéria, seja recepcionando leis anteriores e materialmente compatíveis, buscam adequar o processo penal ao respeito a garantias constitucionais, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Da mesma forma, valendo-se do movimento encabeçado por Robert Alexy em relação ao tratamento de Princípios enquanto mandamentos de otimização e elementos nucleares do sistema jurídico, a concretude não “*depende tão somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas*” (ALEXY, 2015, p. 90), raciocínio que atrelado à noção de neoconstitucionalismo e de legalidade estrita no processo penal, inviabilizam a noção de interpretação ostensiva ao cidadão.

Considerando a matriz principiológica dos direitos e garantias constitucionais aplicáveis ao processo penal, em caso de incompatibilidade com regras constitucionais, não se admite a inviabilidade ou cerceamento do exercício do direito de defesa. Desta forma, presume-se que os instrumentos processuais do ordenamento jurídico brasileiro devem ser aptos a garantir o cumprimento das disposições constitucionais no processo penal, sendo incabível a imposição de limitações - critério formal - em razão da ausência de previsão legal de instrumentos específicos para a impugnação de ilegalidades.

3 PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

3.1 O ADVENTO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E A EXPLOSÃO DOS NÚMEROS DE *HABEAS CORPUS* E DE RECURSOS ORDINÁRIOS CONSTITUCIONAIS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Para analisar a realidade atual relacionada à dinâmica de análise de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, é impossível ignorar o advento da Lei do Processo Judicial Eletrônico e o impacto da virtualização dos atos processuais, decorrente do uso da rede mundial de computadores.

Como sabido, antigamente, caso algum advogado quisesse impetrar um *habeas corpus* em um tribunal, deveria deslocar-se até as dependências físicas da corte, com a minuta de petição e toda a documentação apensa, para que, gerado um processo físico, a Corte pudesse conhecer o caso.

A *internet* mudou esta realidade. Hoje, praticamente todos os Tribunais do Brasil, dos Tribunais de Justiça dos Estados Federativos ao Supremo Tribunal Federal, todos funcionam com o protocolo judicial eletrônico, seja através de sistemas próprios, como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, seja através do Sistema PJE - Processo Judicial Eletrônico.

Portanto, desde a mais remota região brasileira, ou mesmo de qualquer lugar do mundo, desde que exista algum tipo de acesso à *internet*, pode o advogado regularmente cadastrado e habilitado no sistema realizar o protocolo de petições e documentos em processos eletrônicos.

Neste sentido, acompanhando o avanço tecnológico, foi editada a Lei Federal nº 11.419/2006 (BRASIL, 2006), que regulou a informatização do processo judicial e promoveu diversas alterações no Código de Processo Civil então vigente, datado de 1973.

Saliente-se que a sobredita lei passou a admitir o uso do processo eletrônico, justamente como forma tímida às resoluções atuais do Conselho Nacional de Justiça,

que buscam tornar a virtualização verdadeira regra nacional.

Com efeito, quando do surgimento da Lei nº 11.419/2006, a *internet* ainda não carregava a potência de tráfego de dados atual, nem a (quase) universalização do acesso. Era comum que determinados locais não tivessem acesso à rede mundial de computadores, e foi necessário pensar em um plano gradual de implementação, tanto que, até os dias atuais, ainda existem virtualizações de processos físicos em andamento.

O artigo 1º da sobredita lei menciona¹⁷ o uso de meio eletrônico para tramitação de processos, comunicação de atos e transmissão de peças processuais como possíveis, e não como obrigatórios.

O artigo 4º, por sua vez, regulamentou¹⁸ a possibilidade de criação, pelos tribunais, de diários de justiça eletrônicos, para a publicação na *internet* dos atos judiciais e administrativos, assim como para comunicações em geral.

Já o artigo 8º mencionou¹⁹ a possibilidade dos órgãos do Poder Judiciário desenvolverem seus próprios sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais, como ainda ocorre no Brasil, onde existe uma multiplicidade de sistemas em funcionamento.

O artigo 14 determinou²⁰ que os tribunais, ao desenvolverem seus sistemas, utilizassem preferencialmente programas com código aberto e acesso ininterrupto.

Por fim, o artigo 20 realizou²¹ uma série de alterações no Código de Processo Civil de 1973, no escopo de compatibilizar a realidade virtual com a praxe forense, a exemplo do uso de assinatura digital e de armazenamento e reprodução de dados

¹⁷ Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

¹⁸ Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

¹⁹ Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

²⁰ Art. 14. Os sistemas a serem desenvolvidos pelos órgãos do Poder Judiciário deverão usar, preferencialmente, programas com código aberto, acessíveis ininterruptamente por meio da rede mundial de computadores, priorizando-se a sua padronização.

²¹ Art. 20. A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passa a vigorar com as seguintes alterações: [...]

virtuais.

Percebe-se claramente que a Lei nº 11.419/2006, diante do contexto em que foi editada, acaso seja comparada com os atos normativos atuais, estava dando os primeiros passos para a implementação do processo judicial eletrônico. Começava, assim, a regular a sua possibilidade e forma de implementação, já que esta era uma inovação indispensável em razão do avanço tecnológico.

Atualmente está em vigor a Resolução nº 185/2013 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que determinou a implantação nacional do sistema de Processo Judicial Eletrônico - PJE até o ano de 2018, em todos os tribunais do país, buscando conferir caráter de obrigatoriedade para os Tribunais se adaptarem ao sistema do PJE. Contudo, devido a atrasos na implantação, as regras foram relativizadas e o art. 34 da sobredita resolução, que previa o prazo, acabou posteriormente revogado.

Não obstante a existência de diversos sistemas, indubitavelmente existe uma facilitação do protocolo de petições, analisando²² os números oficiais divulgados²³ pelo STJ nos boletins estatísticos, facilmente se percebe um severo aumento na quantidade de *habeas corpus* e de recursos ordinários constitucionais protocolados perante a Corte.

Em 2006, por exemplo, foram distribuídos 21.100 *habeas corpus* na Corte, e 1.849 recursos ordinários constitucionais. É o mesmo ano em que surgiu a Lei nº 11.419/2006, amplamente mencionada acima, que regulamentou a possibilidade do processo judicial eletrônico.

Já em 2020, foram distribuídos no Superior Tribunal de Justiça impressionantes 81.920 *habeas corpus*, o que representa um aumento percentual de 288,24%.

Por outro lado, também em 2020, foram distribuídos 18.627 recursos ordinários constitucionais, representando um estrambólico aumento percentual de 907,40%.

Curiosamente, em relação ao número total de processos distribuídos no Superior Tribunal de Justiça, quando consideradas todas as matérias de competência

²² Recomenda-se a leitura do Anexo deste trabalho para melhor visualizar os dados mencionados e os números oficiais divulgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

²³ BRASIL. **Boletim Estatístico do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/>>. Acesso em: 10.02.2021.

da Corte, o aumento percentual foi de 41,18%, consideravelmente menor do que os aumentos percentuais de *habeas corpus* e de recursos ordinários constitucionais.

E mesmo com todo esse aumento, o número de ministros no Superior Tribunal de Justiça continua no patamar mínimo estabelecido pelo artigo 104 da Constituição Federal (BRASIL, 1988): trinta e três. Não houve qualquer aumento, até os dias atuais, mesmo que momentâneo, no quantitativo de ministros.

O número absoluto de processos aumentou, entre 2006 e 2020, na porcentagem de 41,18%, acaso fosse ampliado o quantitativo de ministros no Superior Tribunal de Justiça, teríamos um total de 46 ministros - aumento de 13 unidades - em atividade para que houvesse uma prestação jurisdicional equivalente.

Nos casos do *habeas corpus*, existe, ainda, uma agravante: das turmas que compõem a Corte, apenas a quinta e sexta turmas, componentes da terceira sessão, possuem competência para a análise de matérias criminais²⁴.

A quinta turma é composta pelos ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas (atual presidente) e Joel Ilan Paciornik. Já a sexta turma é composta pelos ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz, Olindo Herculano de Menezes (desembargador convocado em razão da aposentadoria do ex-ministro Nefi Cordeiro) e Antônio Saldanha Palheiro (atual presidente).

Não é difícil perceber que o número (dez) de ministros com competência criminal, mesmo que muito assessorados com técnicos e assessores de níveis educacionais superior e médio, é matematicamente insuficiente para analisar a quantidade de processos de maneira adequada.

Apenas no ano de 2020, considerando que foram distribuídos 81.920 *habeas corpus* e 18.627 recursos ordinários constitucionais, cada ministro precisaria ser responsável pela análise de 8.192 *habeas corpus* e 1.862 recursos ordinários constitucionais por ano. A média de análise, por ministro, considerando 365 dias em um ano e desconsiderando férias e dias não úteis, é de 22,44 *habeas corpus* e 5,10

²⁴ BRASIL. **Composição.** Superior Tribunal de Justiça, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Composicao>>. Acesso em: 13.04.2021.

recursos ordinários constitucionais por dia, fora os demais recursos criminais cabíveis.

O próprio Superior Tribunal de Justiça disponibiliza²⁵ uma relação de servidores lotados por área. Dos 654 analistas judiciários, 58 estão licenciados ou afastados, sobrando um total de 596 analistas. Supondo que exista uma distribuição interna equivalente por ministro, e que todos os analistas sejam necessariamente assessores de gabinetes, o que é muito improvável, a Corte teria 18 assessores por ministro.

Somando as quantidades de *habeas corpus* e recursos ordinários constitucionais distribuídos em 2020, chega-se a um total de 27,54 processos por dia, por ministro. Supondo que cada ministro possua 18 assessores, no melhor cenário, cada assessor, desconsiderando a produção do próprio ministro, seria responsável por 1,53 processos (apenas *habeas corpus* e recursos ordinários constitucionais) por dia, fora os outros processos criminais.

Na realidade, a quantidade de processos a serem analisados diariamente é muito superior, já que nessa projeção de dados foram desconsiderados, repise-se, os dias não úteis (finais de semana e feriados), férias²⁶ e situações sem expediente profissional. Desconsideram, ainda, todos os demais processos referentes à matéria criminal, que podem estar com análise pendente de embargos de declaração, agravos regimentais, recursos especiais oriundos de tribunais estaduais ou federais, ou recursos extraordinários.

De arremate, obviamente os números acima são relativamente fáceis de manipular e calcular, inclusive com representações gráficas nos anexos deste trabalho, entretanto, ignoram completamente a complexidade de cada caso concreto, de cada processo, que envolvem, lembrando-se do lado humanitário, as vidas de pessoas que enfrentam a *persecutio criminis* do Estado.

²⁵ BRASIL. **Quantitativo de Servidores do Quadro de Pessoal por Área de Lotação**. Superior Tribunal de Justiça, 2020. Disponível em: <https://transparencia.stj.jus.br/wp-content/uploads/TLP_QUADRO-DE-PESSOAL.pdf>. Acesso em 13.04.2021.

²⁶ Os ministros do Superior Tribunal de Justiça gozam de férias dos períodos de 2 a 31 de janeiro e de 2 a 31 de julho, nos termos do art. 81 do Regimento Interno da Corte.

4 ESTUDO PRÁTICO. ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS NÃO PREVISTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, DE ACORDO COM A EDIÇÃO Nº 36 DE JURISPRUDÊNCIA EM TESES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

É comum que Tribunais editem súmulas e pacifiquem entendimentos acerca do cabimento de recursos. Não é diferente com o *habeas corpus*, apesar deste ser uma ação constitucional que, como visto, não deveria sofrer qualquer restrição formal. Ocorre que, de fato, o que se observa é que o processamento do *habeas corpus* tem sido amplamente restringido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a partir do estabelecimento de certos critérios que parecem operar como mecanismos de filtragem, de forma a reduzir a quantidade de processos que serão efetivamente examinados.

O Superior Tribunal de Justiça disponibiliza em seu sítio eletrônico a ferramenta Jurisprudência em Teses²⁷, que é uma “Publicação periódica que apresenta um conjunto de teses sobre determinada matéria, com os julgados mais recentes do Tribunal sobre a questão, selecionados até a data especificada”.

Na ferramenta de Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, é possível visualizar²⁸ a Edição nº 36, que trata apenas sobre *habeas corpus*, publicada em 10 de junho de 2015. Os julgados utilizados na edição estão datados até 22 de maio de 2015. São os seguintes enunciados:

- 1) O STJ não admite que o remédio constitucional seja utilizado em

²⁷ BRASIL. **Jurisprudência em Teses**. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>>. Acesso em: 29.04.2021.

²⁸ BRASIL. **Jurisprudência em Teses: Edição nº 36, *habeas corpus***. Superior Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2036%20-%20Habeas%20Corpus.pdf>. Acesso em: 29.04.2021.

substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade da paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

2) O conhecimento do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar de maneira inequívoca a pretensão deduzida e a existência do evidente constrangimento ilegal.

3) O trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é medida excepcional, admissível apenas quando demonstrada a falta de justa causa (materialidade do crime e indícios de autoria), a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

4) O reexame da dosimetria da pena em sede de habeas corpus somente é possível quando evidenciada flagrante ilegalidade e não demandar análise do conjunto probatório.

5) O habeas corpus é ação de rito célere e de cognição sumária, não se prestando a analisar alegações relativas à absolvição que demandam o revolvimento de provas.

6) É incabível a impetração de habeas corpus para afastar penas acessórias de perda de cargo público ou graduação de militar imposta em sentença penal condenatória, por não existir lesão ou ameaça ao direito de locomoção.

7) O habeas corpus não é a via adequada para o exame aprofundado de provas a fim de averiguar a condição econômica do devedor, a necessidade do credor e o eventual excesso do valor dos alimentos, admitindo-se nos casos de flagrante ilegalidade da prisão civil.

8) Não obstante o disposto no art. 142, § 2º, da CF, admite-se habeas corpus contra punições disciplinares militares para análise da regularidade formal do procedimento administrativo ou de manifesta teratologia.

9) A ausência de assinatura do impetrante ou de alguém a seu rogo na inicial de habeas corpus inviabiliza o seu conhecimento, conforme o art. 654, § 1º, c, do CPP.

10) É cabível habeas corpus preventivo quando há fundado receio de ocorrência de ofensa iminente à liberdade de locomoção.

11) Não cabe habeas corpus contra decisão que denega liminar, salvo em hipóteses excepcionais, quando demonstrada flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, sob pena de indevida supressão de instância, nos termos da Súmula n. 691/STF.

12) O julgamento do mérito do habeas corpus resulta na perda do objeto daquele impetrado na instância superior, na qual é impugnada decisão indeferitória da liminar.

13) Compete aos Tribunais de Justiça ou aos Tribunais Regionais Federais o julgamento dos pedidos de habeas corpus quando a autoridade coatora for Turma Recursal dos Juizados Especiais.

14) A jurisprudência do STJ admite a reiteração do pedido formulado em habeas corpus com base em fatos ou fundamentos novos.

15) O agravo interno não é cabível contra decisão que defere ou indefere pedido de liminar em habeas corpus.

16) O habeas corpus não é via idônea para discussão da pena de multa ou prestação pecuniária, ante a ausência de ameaça ou violação à liberdade de locomoção.

17) O habeas corpus não pode ser impetrado em favor de pessoa jurídica, pois o writ tem por objetivo salvaguardar a liberdade de locomoção.

18) A jurisprudência tem excepcionado o entendimento de que o habeas corpus não seria adequado para discutir questões relativas à guarda e adoção de crianças e adolescentes.

Muitas das teses fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça dizem respeito às

hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, regulando em quais situações o *writ* deve ou não ser conhecido, ainda que inexistia previsão normativa para alguns dos requisitos formais impostos.

Das 18 teses divulgadas na Edição nº 36 de Jurisprudência em Teses do STJ, especificamente sobre *habeas corpus*, foram selecionadas três situações divulgadas pela própria Corte, que serão objetos de análise²⁹ nos próximos tópicos, onde são estabelecidos requisitos inexistentes na exegese do ordenamento jurídico.

4.1 IMPOSSIBILIDADE DE USO DO HABEAS CORPUS EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO.

Como dito, o Superior Tribunal de Justiça divulga, através da ferramenta “Jurisprudência em Teses”, diversos compilados de decisões sobre temas recorrentes na Corte, como forma de orientação e divulgação do entendimento do Tribunal.

O Item 1 da Edição nº 36, que versa apenas sobre *habeas corpus*, trata da impossibilidade de que o *habeas corpus* seja utilizado em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, a não ser que exista flagrante ilegalidade ou teratologia que justifique a concessão da ordem de ofício.

Entende o STJ que o cabimento do *writ* deve ter estreita relação com ameaça iminente e injusta à liberdade de locomoção, não sendo cabível como sucedâneo de apelação, agravo em execução ou recurso especial que estejam na pendência de julgamento, muito menos no lugar de revisão criminal por condenação já transitada em julgado.

A Constituição Brasileira determina que o *habeas corpus* será concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (BRASIL, 1988, art. 5º, LXVIII).

²⁹ Todos os julgados do Superior Tribunal de Justiça, nos tópicos 4.1, 4.2 e 4.3 que estão adiante, no escopo de ser realizada uma análise fidedigna do entendimento jurisprudencial, foram extraídos da Edição nº 36 de Jurisprudência em Teses, do próprio Tribunal.

O Código de Processo Penal de 1941, na parte referente a *habeas corpus* que já foi analisada acima, artigos 647 a 667, em momento algum menciona a impossibilidade de conhecimento do *habeas corpus* acaso exista a pendência de julgamento recurso, ou possibilidade de interposição. Na verdade, a única vedação, quanto conhecimento, no Código de Processo Penal, está prevista no art. 650, § 2º:

Art. 650. Competirá conhecer, originariamente, do pedido de habeas corpus: [...]

§ 2º Não cabe o *habeas corpus* contra a prisão administrativa, atual ou iminente, dos responsáveis por dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública, alcançados ou omissos em fazer o seu recolhimento nos prazos legais, salvo se o pedido for acompanhado de prova de quitação ou de depósito do alcance verificado, ou se a prisão exceder o prazo legal.

Percebe-se que o Código de Ritos Penais veda o *habeas corpus* apenas se for intentado contra prisão administrativa em razão de ilícitos praticados com dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública, a não ser que exista prova de quitação ou de depósito, ou se a prisão exceder o prazo legal. Trata-se de dispositivo de pouca aplicação na atualidade, e de controversa constitucionalidade.

Feitas essas ponderações e analisando os julgados mencionados no item 1 da Edição nº 36 de Jurisprudência em Teses, o Superior Tribunal de Justiça, no HC 306.677³⁰, analisou caso em que o paciente já tinha sido condenado a uma pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, após parcial provimento - reconhecimento de atenuante de confissão espontânea - de apelação criminal manejada no Tribunal Estadual.

Após embargos de declaração opostos e desprovidos, foram atravessadas petições de recurso especial e extraordinário, sendo negado seguimento ao primeiro, e julgado prejudicado o segundo. Já no Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial não foi conhecido, o que ensejou a interposição de agravo regimental, também não conhecido.

Com o trânsito em julgado, foi determinada a baixa dos autos, tendo a defesa impetrado o *writ* alegando a ocorrência de duplo *bis in idem* na dosimetria da pena imposta ao paciente, assim como a ausência de fundamentação idônea.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 306.677/RJ. Impetrante: Rafael Cunha Kullmann e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Francis Maier Boing. Relator: Ministro Ericson Marinho, Desembargador convocado do TJSP. Brasília/DF, julgado em 19.05.2015. Publicado em 28.05.2015.

Desta forma, o *habeas corpus* não foi conhecido por estar “inadequada a via eleita”, sendo hipótese de revisão criminal. Entretanto, a ordem foi concedida de ofício para reduzir a pena a 2 anos de reclusão, com votação não unânime.

No mesmo sentido foi o HC nº 245.963/RJ³¹, que analisou *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal em crime de sonegação fiscal. Apesar de não ter sido conhecido, a ordem foi concedida de ofício para “redimensionar a pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos”. O caso, realmente, foi teratológico, considerando que as instâncias ordinárias se utilizaram de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base, violando o princípio constitucional da presunção de inocência.

Já no HC nº 311.257/AL³², o Superior Tribunal de Justiça analisou *habeas corpus* originário que atacou acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. A ordem foi denegada e caberia, em tese, recurso ordinário à Corte Federal. Todavia, diante da cognição e processamento céleres, optou a defesa por impetrar o remédio diretamente na Corte Superior. A petição não foi conhecida em razão de ser substitutiva a recurso próprio, entretanto, a ordem foi concedida de ofício porque foi reconhecida falta disciplinar sem a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional. A Corte já contava com diversos precedentes sobre a imprescindibilidade de procedimento administrativo nestes casos.

No HC nº 305.716/SP³³, o Superior Tribunal de Justiça não conheceu o *writ*, mas concedeu a ordem de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo analisasse mérito de *habeas corpus* lá impetrado. Isto porque já na execução da pena, a Defensoria Pública, ao invés de manejar agravo em execução, impetrou o remédio na Corte Estadual, que não conheceu e não analisou o mérito com o fundamento de impossibilidade de substituição a recurso próprio. A Corte Superior

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 245.963/RJ. Impetrante: José Gerardo Grossi e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Paciente: Marcelo Roberto de Oliveira Bruno. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília/DF, julgado em 12.05.2015. Publicado em 28.05.2015.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 311.257/AL. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Alagoas. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Alagoas. Paciente: Erlan Fernandes Lopes. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília/DF, julgado em 24.03.2015. Publicado em 15.04.2015.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 305.716/SP. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Pennee Waiya. Relator: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Brasília/DF, julgado em 03/03/2015. Publicado em 11/03/2015.

entendeu que “embora o agravo em execução seja o recurso adequado para impugnar decisões proferidas em sede de execução penal, não há impedimento no manejo do *habeas corpus* para averiguar flagrante ilegalidade”.

Diversos são os precedentes do próprio Superior Tribunal de Justiça, mencionados na própria Edição nº 36 de Jurisprudência em Teses. Em alguns dos julgados, os *habeas corpus* simplesmente não são conhecidos, sem o deferimento da ordem de ofício por inexistência de flagrante ilegalidade. Em outros, apesar do não conhecimento, a ordem é deferida de ofício.

No já citado *habeas corpus* nº 305.716/SP, o Superior Tribunal de Justiça, paradoxalmente, chegou a não conhecer o remédio constitucional por ser substitutivo a recurso ordinário, entretanto, concedeu a ordem para determinar que o tribunal estadual analisasse o mérito de *habeas corpus* lá impetrado, mesmo que substitutivo de agravo em execução penal.

A Constituição Federal, ao tratar do cabimento para corrigir atos de ilegalidade ou abuso de poder que ameacem imediatamente ou iminentemente a liberdade, não impõe qualquer outro requisito de cabimento, postura acompanhada pela legislação infraconstitucional.

Mesmo porque eventuais ilegalidades cometidas em um processo penal invariavelmente culminam em uma pena. A não ser nos casos de acordo de não persecução penal, transação penal, *sursis* ou suspensão condicional do processo, o réu deverá ser condenado, via de regra, a cumprir pena de reclusão ou detenção, nos regimes aberto, semiaberto ou fechado.

Inclusive, existe a possibilidade de regressão de regime nas hipóteses previstas em lei, caso o condenado não cumpra corretamente o comando sentencial.

Desta forma, conclui-se que em processos criminais a liberdade está sempre em jogo, existindo sempre uma ameaça iminente ou futura acaso sejam cometidas ilegalidades ou abusos de poder.

A sistemática atual de impossibilidade de conhecimento de *habeas corpus* caso seja substitutivo de recurso próprio não surte um efeito positivo, ao menos em relação ao Superior Tribunal de Justiça, mesmo porque a existência de recurso específico não inibe a utilização do *writ*, já que “sendo ação de impugnação autônoma, pode ser

utilizado concomitantemente ao recurso ou mesmo no lugar dele”³⁴.

A rigor, parece subsistir ao julgador, seja o ministro, seja o tribunal, analisar se o *habeas corpus* possui ou não flagrante ilegalidade ou abuso de poder, acaso se enquadre em uma das hipóteses de não conhecimento, como o caso de impossibilidade de substituição a recurso próprio. Para tanto, basta alguma habilidade hermenêutica em ramo jurídico onde impera a máxima legalidade, em respeito à liberdade individual.

A antiga posição do próprio Superior Tribunal de Justiça, notadamente da Sexta Turma, antes do processo judicial eletrônico que surgiu em 2006, através da Lei nº 11.419, se mostrava pela possibilidade de *habeas corpus* enquanto houvesse a pendência de julgamento de recurso protocolado na origem:

“A existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do *Habeas Corpus*, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu” (RHC nº 20624/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 19.03.2007); “II - O fato de haver recurso de apelação ainda pendente de julgamento perante o e. Tribunal *a quo*, não impede que esse aprecie a presente ordem (precedentes)” (HC n. 29450/PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18.4.2005). Também a 6ª Turma do STJ, em decisão da lavra do Min. Hamilton Carvalhido, já reconheceu que, salvo nos casos em que as peculiaridades da espécie recomendam a consideração do conjunto da prova, impróprio à via heroica, “nenhum óbice há em que se conheça de pedido de *Habeas Corpus* impetrado à Corte de Justiça Estadual simultaneamente com a interposição de recurso de apelação” (RHC 12.244/MA, DJ 21.6.2004). Assim, se cabe *habeas corpus* na pendência, por que não em substituição ao próprio recurso? Se o raciocínio vale para a apelação, valerá, com redobrada razão, para o *habeas* na concomitância com o recurso especial como gizamos acima. Afinal, ambos têm o mesmo campo cognitivo: são infensos ao reexame da prova, mas não à correção da qualificação jurídica dada a fatos incontroversos. (TORON, 2017, p. 118)

Considerando o enxerto doutrinário acima, é interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça mudou seu posicionamento do ano de 2007, ou seja, um ano após a promulgação da Lei do Processo Judicial Eletrônico, que elevou, nos anos seguintes, a quantidade de processos. O número de *habeas corpus* impetrados na Corte está aumentando exponencialmente, ano a ano, independentemente da quantidade de requisitos formais que são impostos para conhecimento e

³⁴ TORON, Alberto Zacharias. Cronologia dos memoriais: retrato do autoritarismo da Lava Jato. **IBCCRIM**, 03.12.2019. Disponível em: < <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/7167/>>. Acesso em: 25.05.2021.

processamento.

4.2 IMPOSSIBILIDADE DE HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO QUE DENEGA LIMINAR, SALVO EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS, POR APLICAÇÃO SIMÉTRICA DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Além da impossibilidade de utilização de *habeas corpus* em substituição a outro recurso que seja cabível no caso concreto, outro entrave diuturnamente enfrentado pelos advogados diz respeito aos casos em que o pleito liminar é indeferido.

A doutrina e a jurisprudência são atualmente pacíficas em relação ao cabimento de liminar no *writ*. No entendimento geral, contanto que seja demonstrada a existência de requisitos autorizadores da fumaça do bom direito e do perigo da demora, em acepção emprestada do processo civil, pode o relator, representando fracionariamente o tribunal, deferir a liminar para determinar a soltura do paciente ou mesmo suspender o curso do processo, medida popularmente conhecida como “trancamento da ação penal”.

Em posição que parece mais relevante para evitar a confusão de conceitos entre processo civil e processo penal, parte da doutrina prefere definir os requisitos como verossimilhança da ilegalidade do ato e perigo derivado do dano inerente à demora da prestação jurisdicional ordinária, existindo a “possibilidade de uma ‘medida liminar’ (*in limine litis*) construída jurisprudencialmente, com natureza cautelar e que possibilita ao juiz uma intervenção imediata” (LOPES JR, 2020, p. 1742).

Então, tem-se a seguinte situação: acaso uma prisão seja injustamente realizada, por determinação judicial, na primeira instância, é possível à defesa impetrar um *habeas corpus* no tribunal de justiça competente, pedindo liminarmente que o paciente seja imediatamente solto mediante relaxamento da prisão ilegal, liberdade provisória ou revogação de prisões preventiva ou temporária. O que acontece se o relator do *writ* indeferir o pleito liminar, pautando o processo para a próxima sessão desimpedida?

Nesta situação, a defesa tem dois caminhos: aguardar o julgamento do *habeas*

corpus, posteriormente interpondo um recurso ordinário constitucional, caso a ordem seja denegada ou; impetrar novo *habeas corpus* no tribunal imediatamente superior, com pedido liminar de cassar a determinação judicial ilegal - decisão monocrática que indeferiu a liminar - do tribunal inferior.

Não raro, a defesa de um réu, com a liminar indeferida em Tribunal de Justiça ou em Tribunal Regional Federal, impetra novo *habeas corpus*, com pedido liminar, no Superior Tribunal de Justiça. Da mesma forma, em liminar indeferida na Corte Cidadã, a defesa impetra novo *habeas corpus*, com pedido liminar, no Supremo Tribunal Federal.

Neste exato momento processual, ficaria obstada a aplicação do entendimento trabalhado no tópico anterior, notadamente porque entre o julgamento da liminar e da ordem de *habeas corpus* inexistente recurso cabível, fora os embargos de declaração, oponíveis contra qualquer pronunciamento jurisdicional. Devido a este tipo de situação que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 691:

Súmula 691/STF: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de “*habeas corpus*” impetrado contra decisão do relator que, em “*habeas corpus*” requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar.

A súmula teve seu nascedouro devido ao número de *habeas corpus*, que estavam aportando na Corte Suprema, em razão de liminares indeferidas no Superior Tribunal de Justiça.

A fundamentação mais comum para aplicabilidade da Súmula 691/STF está na supressão de instância, considerando que a liminar deferida em *habeas corpus* impetrado na instância acima estaria sendo deferida ou indeferida sem que a instância abaixo pudesse analisar o tema. Ademais, o julgamento na instância superior declararia, na maior parte das vezes, a perda do objeto do *writ* impetrado na instância inferior.

Quem muito bem explicou a questão foi o saudoso professor Luiz Flávio Gomes:

As razões que orientam a Súmula 691 estão no fato de que, se o STF examinar a controvérsia apresentada no novo HC, sem o julgamento definitivo do *writ* impetrado no STJ, haverá supressão de instância e, por

consequência, ofensa aos princípios da hierarquia dos graus de jurisdição e da competência jurisdicional. No mesmo sentido consta os seguintes precedentes: HC 70648, HC 76347 QO, HC 79238, HC 79350, HC 79748, HC 80287, HC 80316, HC 80631, HC 80550 e HC 80081.

Entretanto, também é entendimento do STF a possibilidade de atenuar o seu alcance. Em outras palavras, será admitido o HC contra indeferimento de liminar (em outro HC) nos casos em que houver flagrante ilegalidade. Como exemplo de superação do enunciado da Súmula 691 temos o emblemático HC 86.864/SP impetrado em favor de Flávio Maluf.

Desta feita, quando determinada a prisão do indivíduo, antes de transitada em julgado a sua sentença condenatória, sem fundamentação, patente o constrangimento ilegal, que permite a superação da súmula 691.³⁵

Como se vê, o próprio Supremo Tribunal Federal, que editou a súmula, admite a sua superação no caso concreto.

No âmbito da Edição nº 36 de Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, os julgados que versam sobre o tema constam no item 11, e serão analisados abaixo.

No Superior Tribunal de Justiça, no HC 312.054/SP³⁶, foi superada a Súmula 691/STF para deferir a liminar, desconstituindo a liminar anteriormente indeferida do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Entendeu o relator pela existência de flagrante ilegalidade em razão da “submissão do apenado a regime mais rigoroso do que aquele fixado na sentença condenatória, tendo em vista a precariedade do sistema prisional paulista”.

Já no HC nº 294.840/SP³⁷, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através de decisão monocrática do relator, indeferiu a liminar de *habeas corpus* lá impetrado. Foi manejado novo *writ* no Superior Tribunal de Justiça, quando a Corte Superior decidiu afastar a incidência da Súmula 691/STF em razão de teratologia jurídica, considerando que “o juiz de primeira instância apontou genericamente a

³⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Patente constrangimento ilegal e a superação da súmula 691 pelo próprio STF**. Jusbrasil, 2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1603777/patente-constrangimento-ilegal-e-a-superacao-da-sumula-691-pelo-proprio-stf>>. Acesso em 15.05.2021.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 312.054/SP. Impetrante: Renato Stanzola Vieira e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: José Ribamar Costa Marinho. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília/DF, julgado em 12/12/2014. Publicado em 17/12/2014.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 294.840/SP. Impetrante: Raul dos Santos Pinto Madeira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Fabiano José Pereira de Carvalho. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília/DF, julgado em 28/04/2015. Publicado em 07/05/2015.

presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal”. Entendeu o ministro relator que não restou devidamente justificada a necessidade de segregar a liberdade do paciente, já que a decisão da origem se “limitou a narrar circunstâncias fáticas inerentes ao crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito”.

Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 173) critica o que chama de “verdadeira cascata de *habeas corpus*”, afirmando não enxergar sentido na impetração em instância superior em razão de indeferimento de liminar em instância inferior. Cita, inclusive, a Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, todavia reconhecendo que “o próprio STF, porém, já contornou a mencionada Súmula e concedeu liminar contra negativa de liminar proferida por relator do STJ”. Justifica este acontecimento devendo ser considerado que “cada caso é um caso”, inexistindo a possibilidade de negar a paciente a apreciação de *habeas corpus* em Tribunal Superior, contanto que existente evidente teratologia.

Em sentido contrário, Aury Lopes defende (2020, p. 1770) que “infelizmente, a aplicação da Súmula tem feito com que, diariamente, os impetrantes e pacientes sofram com a demora no julgamento do mérito”, restando inviabilizada a possibilidade de buscar, no Tribunal Superior, o reconhecimento da ilegalidade.

A maior dificuldade parece residir, ainda, em definir de forma concreta e específica o que se qualifica como “teratologia” ou “flagrante ilegalidade”, restando a cada Tribunal, através de seus desembargadores, ministros e servidores, subjetivamente decidir se existem ou não os requisitos para afastar a incidência da Súmula 691/STF.

A razão de existir de uma súmula é pacificar determinado entendimento, facilitando o julgamento de casos semelhantes. Todavia, a partir do momento em que a Súmula 691/STF começa a ser flexibilizada pelos próprios ministros das Cortes Superiores, considerando que seu texto é manifestamente incompatível com as disposições amplas e liberais da Constituição de 1988, abre-se um novo campo hermenêutico, de maneira completamente contraproducente, que complica a análise do *habeas corpus*, ou justifica o conveniente não conhecimento.

Não há sentido na existência de súmula, que tem o condão de simplificar a aplicação do direito a casos semelhantes, se o próprio texto da orientação do tribunal

pode ser circunstancialmente flexibilizado. De acordo com o entendimento de quem julga, com base nas próprias convicções e experiências, se não for para conhecer, aplica a súmula; se for para conhecer, reconhece flagrante ilegalidade ou teratologia.

A pergunta remanesce: o que caracteriza flagrante ilegalidade ou teratologia?

4.3 EXCEPCIONALIDADE DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELA VIA DO HABEAS CORPUS, ADMISSÍVEL APENAS QUANDO DEMONSTRADA FALTA DE JUSTA CAUSA, ATIPICIDADE DA CONDUTA OU EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. TENTATIVA DE INVIABILIZAR O COLLATERAL ATTACK.

A terceira hipótese de imposição de requisito formal para cabimento de *habeas corpus* a ser analisada nesse trabalho diz respeito à excepcionalidade de trancamento da ação penal. Na verdade, existe controvérsia doutrinária sobre a possibilidade de “trancamento da ação”, visto que a “ação” propriamente dita seria um direito público do Estado, um “poder político constitucional” (LOPES JR, 2020, p. 331) exercido pelo Ministério Público, que não se tranca, inclusive porque se surgirem novas provas pode ser novamente proposta uma denúncia.

O que se tranca, na verdade, é o processo, sendo a terminologia “trancamento do processo penal” mais adequada.

Superada a questão doutrinária, necessário analisar alguns julgados do item 3 da Edição nº 36 de Jurisprudência em Teses, que trata do tema, conforme editado pelo Superior Tribunal de Justiça.

No RHC nº 55.701/BA, que o trancamento do processo penal pela via do *habeas corpus* é medida excepcional que somente pode ocorrer quando existir, nos autos, “inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito”³⁸. Neste caso em específico, o recurso ordinário foi desprovido, por entender o Tribunal que haviam indícios de prática do crime de

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 55.701/BA. Recorrente: Miraci dos Santos Pereira. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília/DF, julgado em 19/05/2015. Publicado em 27/05/2015.

estelionato.

Já no HC nº 307.017³⁹, o Superior Tribunal de Justiça deixou de conhecer a ação para conceder a ordem de ofício. Trata-se de crimes de fraude à licitação e associação criminosa, tendo sido impetrado o *writ* em razão da persecução criminal estar consubstanciada em inquérito civil realizado por promotor de justiça. Como o paciente era prefeito municipal e houve inversão indevida na ordem do interrogatório, foi concedida a ordem para afastar a cautelar de afastamento do paciente do cargo de Prefeito, determinar que o promotor de justiça era incompetente para conduzir as investigações (competência do procurador de justiça), assim como assegurar que os réus fossem os últimos a serem ouvidos na instrução, através de interrogatório.

Ato contínuo, no HC nº 219.433/SP⁴⁰, a Corte deixou de conhecer o remédio constitucional que buscava o trancamento do processo por estar fundamentado em prova obtida por meios ilícitos. Aduziu a defesa que a paciente foi indevidamente conduzida à Delegacia, por policiais, para ser ouvida. O Tribunal entendeu que existe permissivo porque o “procedimento está previsto no inciso V, do art. 6º, do Código de Processo Penal”, sendo eventual irregularidade posteriormente sanada pela decretação de prisão preventiva.

Quando do julgamento do RHC nº 55.974⁴¹, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que era necessário o trancamento do processo penal em razão de denúncia inepta que deixou de descrever corretamente o fato típico. A denúncia reconheceu a ausência de justa causa em mencionar que a ausência do pagamento de pensão alimentícia configurou o crime de abandono material de incapaz, restando configurado tão somente o ilícito civil.

Como se vê, no processo penal existem diversas situações em que inexiste

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 307.017/PB. Impetrante: Newton Nobel Sobreira Vita e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Paciente: José Simão de Sousa. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília/DF, julgado em 12/05/2015. Publicado em 25/05/2015.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 219.433/SP. Impetrante: Paulo Henrique de Moraes Sarmiento. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: José Cláudio Furlan. Relator: Ministro Newton Trisotto, Desembargador convocado do TJSC. Brasília/DF, julgado em 07/10/2014. Publicado em 10/10/2014.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 55.974/SP. Recorrente: José Roberto Dantas da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ericson Marinho, Desembargador convocado do TJSP. Brasília/DF, julgado em 10/03/2015. Publicado em 20/03/2015.

recurso específico, entretanto, subsiste a ilegalidade no processo, razão pela qual vale-se a defesa do *habeas corpus* para impugnar a legalidade do ato apontado como coator ou ilegal.

São exemplos os casos citados acima, onde já se discutiu sobre ilegalidade de prova, foro privilegiado e inépcia da denúncia.

Trata-se, na visão de Gustavo Badaró, do “recurso-ônibus” (1998, p.1), que comporta hipóteses muito mais elásticas de cabimento do que tão somente quando existe afronta direta à liberdade de locomoção.

Esta possibilidade de utilização do *habeas corpus* exsurge especialmente porque “quando se trata do controle de justa causa para a ação penal, o *habeas corpus* tem importante papel tanto para impedir uma futura prisão injusta, como para se evitar a degradação moral do indivíduo” (TORON, 2017, p. 27).

Grande exemplo é o ato de recebimento da denúncia por parte de um juízo. O Código de Processo Penal prevê a hipótese de cabimento de recurso em sentido estrito para situações em que a denúncia não é recebida (BRASIL, 1941, art. 581, I), entretanto, não existe previsão de recurso específico para a defesa quando a denúncia é recebida. Nessas hipóteses, utiliza-se o *habeas corpus*.

Outra hipótese é em casos de interceptações telefônicas e quebras de sigilo bancário/fiscal realizadas fora das hipóteses legais, ou quando o juiz não reconhece flagrante prescrição em meio ao processo, deixando de determinar sua extinção. Em razão da ausência de instrumento específico, vale-se a defesa, nestas situações, do *habeas corpus*.

Em verdade, esse amplo espectro de cabimento é chamado, em tom jocoso, de “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que existe justamente diante da hipótese do vácuo normativo e da impossibilidade de cercear o direito de defesa, de matriz constitucional, por ausência de previsão legal de instrumentos específicos em leis ordinárias e complementares.

Trata-se de “construção feliz, talvez arrojada, em certos casos, mas que foi necessária para suprir a falta de outros institutos capazes de amparar direitos assegurados na Constituição” (SILVA, Evandro Lins *apud* TORON, 2017, p. 42).

O que se percebe é que a defesa dos investigados e acusados, muitas vezes sem encontrar um meio específico para a impugnação de decisões e atos judiciais ou de autoridades, acaba valendo-se do *habeas corpus*, em verdadeira estratégia de *collateral attack*:

O alcance do *writ* não só se limita aos casos de prisão, pois também pode ser utilizado como instrumento para o *collateral attack*, possibilitando que seja uma via alternativa de ataque aos atos judiciais, e inclusive contra a sentença transitada em julgado.

[...]

Não se pode confundir a limitação da cognição do HC, em que não se admite a dilação probatória, com a discussão sobre a legalidade de uma prova (perfeitamente admissível em sede de HC). Nessa linha, a discussão sobre a licitude ou ilicitude de uma prova pode ser objeto de *habeas corpus*; inclusive é recorrente o uso para discussão dos limites da interceptação telefônica.

[...]

Deve-se destacar que pela via do *habeas corpus* se pode inclusive realizar o controle difuso da constitucionalidade de uma norma. Com o *habeas corpus* pode ser exercido o controle indireto, é dizer, arguir e obter a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, ante qualquer juiz. (LOPES JR., 2020, pp. 1755-1757)

Percebe-se que a doutrina aponta, inclusive, a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade através de *habeas corpus*, mesmo que seja uma atitude excepcional. Obviamente trata-se de controle incidental, com eficácia somente no caso em concreto, mormente porque é atribuição do Supremo Tribunal Federal realizar controle concentrado de constitucionalidade com modulação dos efeitos *erga omnes*.

Acaba-se esbarrando, novamente, na possibilidade de concessão da ordem de ofício, cabendo ao arbítrio hermenêutico do julgador, diante da ausência de definição de critérios mais específicos, decidir se existe uma ilegalidade ou teratologia que justifique a excepcionalidade de trancamento do processo penal.

5 JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E ATIVISMO JUDICIAL.

Analizada a Edição nº 36 de Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, assim como algumas hipóteses de imposição de requisitos formais para conhecimento, processamento e julgamento de *habeas corpus*, torna-se necessário analisar os fenômenos sobre o prisma da possibilidade de ativismo judicial e de jurisprudência defensiva. O estudo mais aprofundado dos temas conduz a uma multiplicidade e complexidade de situações que causam algum desconforto quando confrontados com a noção de justiça.

O conceito de justiça é amplamente debatido nos cursos de direito, entretanto, não há um consenso sobre a possibilidade de definição semântica. A clássica dicotomia entre direito e moral indica que apesar de coexistirem, não costumam – nem devem – ser tratadas como a mesma coisa.

Neste sentido que surge a noção de ativismo judicial, que pode ser interpretado em acepção positiva (devida colmatação e interpretação de lacuna jurídica) ou negativa (indevida ingerência com ausência de amparo normativo):

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2010, p. 308)

Desde Hans Kelsen, primeiro autor a realmente se preocupar com causalidade e imputação para conferir ao direito um caráter científico, até Miguel Reale, com sua ontognoseologia jurídica e Teoria Tridimensional do Direito, inexistem no ordenamento jurídico brasileiro critérios objetivos para a delimitação de atuação jurisdicional - conseqüentemente, para a maximização da justiça.

Valendo-se deste raciocínio, algumas perguntas são de difícil solução: quem

define o que é direito de cada um? Quem legisla ou quem aplica o direito? Quais as características legiferantes que garantem os direitos individuais e fundamentais? A característica do legislador, variável em idade, ideologia, raça, gênero, dependendo do momento histórico, influencia nos direitos dos réus no processo penal? As mesmas características, desta vez aplicáveis aos julgadores, influenciam na forma em que é aplicado o direito no Brasil?

Tais questões, sem qualquer pretensão de análise aprofundada, mas somente no escopo de fomentar a reflexão, não podem ser vistas de maneira dissociada à jurisprudência defensiva oriunda de ativismo judicial.

O próprio Dworkin (*apud* RAMOS, 2010, p. 135) expõe que o ativista ignora a Constituição “para impor aos outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”. O movimento de jurisprudência defensiva no Brasil exige, necessariamente, uma análise que passe pela ótica do ativismo judicial.

A jurisprudência defensiva é um movimento proposto pelo judiciário, que no escopo de facilitar o julgamento de processos, ou mesmo evitar conhecimento de petições, atua com critérios e manipulações hermenêuticas que, não obstante ser inerente à interpretação, esbarra em certos obstáculos em relação ao direito penal, para delimitar as hipóteses de cabimento e a forma de julgamento de casos concretos.

Neste sentido, sobreleva dizer que o Direito Brasileiro é oriundo da tradição jurídica romano-germânica, conhecida como *civil law*. Nessa tradição, o direito vem especialmente das leis postas, inclusive com princípios implícitos e explícitos. É diferente do sistema de tradição inglesa, conhecido como *common law*, que valoriza, antes de tudo, o caso precedente como forma de solução equânime de conflitos jurídicos:

E, os princípios não deveriam servir para explodir a normatividade. Dentro do paradigma do *civil law*, os princípios servem para fechar o sistema, dado o referencial legislativo que deveria fazer questão. No sistema do *common law*, os princípios servem para buscar o julgamento equânime, tendo o direito legislado um papel diferenciado. Os princípios, então, deveriam servir para fundamentar o sistema jurídico e, também, para fechar o processo de atribuição de sentido, não se prestando para álibis retóricos-decisionistas. (ROSA, 2018, pp. 40-41).

Pode-se dizer – de maneira um tanto simplória – que no *common law* “justiça é

dar a cada um o que é seu, na exata medida do que foi dado em caso anterior idêntico”. Busca-se a aplicação da isonomia entre os jurisdicionados, com a solução jurídica idêntica, salvo se superada através do *distinguishing* ou do *overruling*⁴².

Já no Brasil, onde impera a *civil law*, não obstante algumas tentativas de importação de institutos dos ordenamentos alienígenas que se utilizam do *common law*, aqui, a principal fonte do direito é a lei.

A Lei, em sentido amplo, abarca tanto a Constituição Federal, legitimamente promulgada, quanto a legislação infraconstitucional. A Magna Carta inaugura verdadeiro ordenamento jurídico, devendo ser fidedignamente cumprida enquanto máxima expressão do Poder Democrático: o poder emana do povo. O *ius imperii*, conferido pelo povo ao Estado, deve ao povo retornar.

É aí que surge relevante distinção: no *civil law* (leia-se, no Direito Brasileiro), o criador de leis (Poder Legislativo) deve observar a Constituição Federal, e o aplicador da lei (Poder Judiciário) deve observar, realizando análise caso a caso, a solução justa para um caso concreto, seja atuando nos limites normativos, seja realizando o controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, acaso entenda que determinado ato normativo é incompatível com a Constituição Federal.

Por isso que, no direito brasileiro, alguma habilidade hermenêutica se revela suficiente para permitir que o magistrado tenha considerável poder para julgar completamente procedente ou completamente improcedente determinado caso, como menciona a definição de ativismo judicial proposta por Lênio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper:

Trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável. (STRECK, TASSINARI e LEPPER, 2015)

Como decorrência, o ativismo judicial, convém dizer, não se reveste de

⁴² Nas palavras do autor, *distinguishing* é a ponderação hermenêutica para diferenciar casos concretos e entender que determinado precedente não se amolda ao caso analisado. *Overruling*, por sua vez, é a superação do precedente devido a mudança normativa (viés axiológico) ou fática (viés teleológico).

acepção completamente negativa. Não é cabido um retorno à máxima “O juiz é a boca da lei”, que apesar de ser atribuída a Montesquieu, é pensamento inerente ao pré-Iluminismo. O juiz hermenêuta deve aplicar a lei interpretando a legislação e conferindo julgamento justo:

A sua função, como intérprete e aplicador do Direito, é necessariamente vasta e complexa; porque a lei deve regular os assuntos de um modo amplo, fixar princípios fecundos em consequências, e não estabelecer para cada relação da vida uma regra específica; não decide casos isolados, formula preceitos gerais.

[...]

Não se consegue contornar o mal resultante dos erros judiciários, com especificar as aplicações práticas dos dispositivos.

Quanto mais pródiga em minúcias a lei, quanto mais particularista, maior o número de interrogações que levanta, de litígios que sugere. Deve procurar suprir as faltas dos Códigos, reveladas pela prática, ou corrigir as conclusões prejudiciais a que chegou a jurisprudência; porém, com a mais discreta reserva, evitando perder-se nos meandros da casuística, da qual resultaria multiplicar as causas de dúvidas e, portanto, agravar a insegurança jurídica (MAXIMILIANO, 2003, p. 48).

Não se trata de impor ao Judiciário que simplesmente anuncie o direito posto. Ao revés, no sistema normativo brasileiro, deve existir – e existe – espaço para ponderações hermenêuticas que, todavia, estão adstritas aos limites da moldura normativa. Isto porque no Brasil, país que tem como principal fonte a lei, o ativismo judicial “possui raízes mais profundas, como o desprestígio da lei, a ineficiência do executivo, a desestruturação do sistema, a irracionalidade das instituições, a ausência de uma boa política, a falta de consenso sobre pontos fundamentais” (REVERBEL, 2009).

Interessante é a fala⁴³ de Lênio Luiz Streck (2017) quando argumenta que é preciso separar o joio do trigo. O “trigo” seria a norma posta. O “joio” seria a interpretação judicial. Acaso não seja delimitada a abrangência de cada um, o joio acaba “engolindo” o trigo, em uma espécie de fagocitose, considerando que no direito brasileiro a jurisprudência detém o caráter de fonte.

Conclui-se que, mesmo uma decisão que contrarie determinado critério normativo com o argumento de juízo prático, por ser revestida de legitimidade estatal,

⁴³ O DNA do Positivismo - Lênio Luiz Streck. **Studio STR, 2017.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Sedxr0UIXks&list=WL&index=13&t=1866s>>. Acesso em: 12.03.2021.

acaba virando direito por ser a jurisprudência uma fonte. Incorpora-se ao direito e passam a ser objetos de análise e descrição. A própria atividade jurisdicional ofusca o direito normativo.

Decerto que o ativismo judicial não deve ser confundido com a interpretação hermenêutica, que não é necessariamente, algo ruim no ordenamento jurídico brasileiro. Ativismo judicial, contudo, deve ficar fora do Direito Penal. É comum, em outros ramos, que lacunas normativas ou distinções em casos concretos exijam a interpretação jurídica do juiz, que hermeneuticamente deve aplicar a solução mais justa, ação jurisdicional que não se confunde com o conceito de ativismo judicial, que exacerba o limite normativo para sobrepor a lei com a jurisprudência como fonte.

Contudo, no âmbito do Direito Penal, é necessário aferir se o ativismo judicial é utilizado de maneira que ofenda os princípios constitucionais como um todo, ou mesmo os princípios e regras infralegais, através de um movimento de jurisprudência defensiva. No campo do direito penal, especialmente considerando-se a natureza jurídica e história do *habeas corpus*, é necessário estar atento à hermenêutica aplicável:

Como a exegese extensiva só se proíbe acerca de dispositivos que cominam pena ou agravam a criminalidade, segue-se que a forma rigorosa de interpretar concernente às leis penais não persiste relativamente ao Processo. Aplicam-se às prescrições de Direito Adjetivo as regras comuns de Hermenêutica; nem sequer o recurso à analogia é vedado. Entretanto o preceito não é absoluto: quando se tratar de exceções às regras gerais, bem como de limitações à liberdade individual, ao exercício de direitos ou a interesses juridicamente protegidos, o texto considerar-se-á taxativo, será compreendido no sentido rigoroso, estrito. Assim, sucederá, p. ex., quanto às prescrições que autorizem a prisão preventiva, o sequestro dos bens do indiciado, ou restrições ao direito de defesa. (MAXIMILIANO, 2003, p. 268)

Na prática criminal, o que existe é o Estado (polícias, Ministério Público, peritos etc.) contra uma pessoa, sozinha. É o gigante e equipado Ministério Público contra, muitas vezes, um pequeno advogado que atua em uma cidade de interior e sem qualquer escritório físico. É essencial abandonar o ranço inquisitório para valer-se de uma concepção mais garantista, enxergando que as normas, no direito penal, não buscam legitimar o poder punitivo, mas sim garantir que a punição, necessária e democrática, seja realizada nos ditames da lei, independente de quem seja o investigado ou acusado.

Os casos levados aos processos judiciais surgem como forma de mobilização para viabilizar a “redefinição dos problemas e soluções jurídicos”, sendo que “as decisões dos tribunais em determinado momento inscrevem e reproduzem o regime jurisprudencial, testam os seus limites e inovam-no” (KOERNER, 2013).

Quando o Supremo Tribunal Federal definiu⁴⁴, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, ambos julgados em 13 de junho de 2019, que homofobia e transfobia devem ser enquadradas na Lei de Racismo (Lei 7.716/89), é possível visualizar claro exemplo de ativismo judicial. Foi mobilizado o argumento de que a principiologia constitucional não é compatível com o (agora) crime de homofobia, razão pela qual deveria a Suprema Corte atuar para suprir a mora legislativa, sob pena dos próprios contornos fáticos perdurarem em caráter de inconstitucionalidade.

Entretanto, incontestavelmente a Constituição Federal determina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988, art. 5º, XXXIX). Igualmente, o Código Penal impõe a legalidade estrita, de forma que “Não há crime sem lei anterior que o defina” (BRASIL, 1940, art. 1º).

Deve-se ter em mente que o Direito Penal é o ramo jurídico em que a legalidade estrita adquire maior tônica, o que não ocorre no Direito Civil e Processual Civil. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, no Recurso Especial nº 1.704.520/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21 de maio de 2019, que o rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento (art. 1.015 do Código de Processo Civil) é de taxatividade mitigada, podendo ser admitido o recurso contra decisão interlocutória não prevista nas hipóteses, contanto que “verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”⁴⁵.

⁴⁴ **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa.** Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 23.02.2021.

⁴⁵ **STJ define hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sob o novo CPC.** Superior Tribunal de Justiça, 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/STJ-define-hipoteses-de-cabimento-do-agravo-de-instrumento-sob-o-novo-CPC.aspx>>. Acesso em: 23.01.2021.

A medida foi necessária devido a situações em que a decisão interlocutória, que não podia ser atacada pelo rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), causava dano à parte em razão da demora de prolação de sentença, quando a matéria poderia ser arguida somente através de preliminar de apelação.

Se esses casos civilistas são decisões positivas ou negativas, as opiniões são variadas, todavia não se pode ignorar o princípio da legalidade estrita que vigora no direito penal, muito mais encorpado e estático do que ocorre com a legalidade aplicável ao direito civil. Ambos são uma forma de manifestação do ativismo judicial, com interpretação dos Tribunais Superiores para adequar axiologicamente ou teleologicamente a lei, questão comum no judiciário brasileiro, mas que exigem respeito, na esteira de Robert Alexy (2015), aos mandamentos nucleares do sistema:

Não se pode confundir, entretanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenheorem da Constituição (STRECK, 2014, p. 199).

A própria Carta Magna define no art. 5º, LXVIII (BRASIL, 1988), que o *habeas corpus* será concedido quando “alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. No mesmo sentido, o art. 654 do Código de Processo Penal dispõe que “O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público” (BRASIL, 1941).

Não obstante a legalidade estrita (*nullum crimen sine lege*) disposta tanto na Constituição Federal quanto no Código Penal, existem casos em que o princípio foi jurisprudencialmente contornado, com uma interpretação hermenêutica para suprir lacuna normativa comum em sistemas de *civil law*. Há, no mínimo, um antagonismo suprido por interpretação jurisdicional.

Ademais, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal consagram a necessária imparcialidade de jurisdição. Neste sentido foi a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, que inseriu o art. 3-A no Código de Processo Penal, para definir que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do

órgão de acusação”.

O Direito Penal existe para regular o poder de punir do Estado, e não para combater a criminalidade.

A rigor, o direito penal não comporta – ou não deveria comportar – interpretações que cerceiam o direito de defesa ou de respeito às garantias individuais, especialmente considerando a legalidade estrita e o direito à liberdade que devem seguir como norte na bússola processual.

6 SUBJETIVIDADE DECISÓRIA E CERCEAMENTO DE DEFESA *VERSUS* SEGURANÇA JURÍDICA E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

Cotejando a matriz constitucional da legalidade estrita afetada ao processo penal, conjuntamente com o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, deve-se questionar se é cabível a imposição de limitações formais às hipóteses de cabimento de *habeas corpus*.

Alberto Zacharias Toron, citando os autores José Renato Nalini, José Carlos Xavier de Aquino e Guilherme de Souza Nucci, traz importantes apontamentos sobre a informalidade do *habeas corpus*:

Como precedentemente apontam NALINI e XAVIER DE AQUINO, “a tendência pretoriana a restringir o *habeas corpus*, esvaziando-o de seu conteúdo, mediante apreciação formalística de seus requisitos”, sela-o de morte. E tão relevante é o direito discutido no *habeas* que os Regimentos internos do STF (art. 191, I) e do STJ (art. 201, I) facultam ao relator a nomeação de advogado “para acompanhar e defender oralmente o *habeas corpus* impetrado por pessoa que não seja bacharel em Direito”. (TORON, 2017, p. 300)

Essas hipóteses de imposição de requisitos formais a um procedimento que possui informalidade na essência são amoldáveis ao conceito de jurisprudência defensiva, como verdadeiro mecanismo de filtragem para obstar o conhecimento de recursos em um primeiro momento, ou mesmo a sua análise na integralidade, em um segundo momento.

Tanto que existe um forte movimento, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para deixar de conhecer o *habeas corpus* devido a algum mecanismo de filtragem, entretanto, mesmo assim conceder a ordem de ofício, por versar sobre matéria de ordem pública, dando efeito equivalente ao provimento.

O maior problema na concessão da ordem de ofício, mesmo que não conhecida a ação constitucional, é a insegurança jurídica. Os mesmos desembargadores ou ministros de um tribunal, de acordo com o seu entendimento, naquele momento, influenciado por todos os fatores psicológicos da vida humana, podem dar tratamento jurídico divergente a situações idênticas.

Por exemplo: um desembargador que está minutando uma decisão

monocrática em *habeas corpus* pode entender pela inexistência de teratologia ou flagrante ilegalidade. Todavia, no curso da pesquisa, pode encontrar precedente do mesmo tribunal que verse sobre caso idêntico, onde a ordem foi concedida de ofício. Desta forma, pode o desembargador, prestigiando o caso precedente, mudar seu entendimento e deferir a ordem de ofício, mesmo que não conhecendo o *habeas corpus*. Entretanto, pergunta-se: o que aconteceria se o julgador não tivesse, ao acaso, encontrado o precedente? Como conferir segurança jurídica *in concreto*?

A resposta pode vir do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, na consulta de jurisprudência⁴⁶, ao pesquisar as palavras “*habeas corpus* não conhecido”.

A título de ilustração, cita-se o *habeas corpus* nº 153.959/SP⁴⁷, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2010, onde contestava-se a interrupção de prazo, sem previsão legal, para aquisição do livramento condicional na execução da pena. A ordem foi concedida de ofício para “afastar a interrupção do lapso temporal para o livramento condicional e determinar que o juízo da Execução Criminal prossiga na análise dos demais requisitos para sua concessão, com a máxima urgência”. Por se tratar de *habeas corpus* originário no Superior Tribunal de Justiça em razão de decisão monocrática que não conheceu o *writ* impetrado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o remédio constitucional deixou de ser conhecido.

Sete anos após o sobredito julgado, o Superior Tribunal de Justiça, novamente, deixou de conhecer *habeas corpus*⁴⁸ por ser substitutivo a recurso próprio, mas concedeu a ordem de ofício para adequar a prisão do paciente ao regime semiaberto fixado na condenação.

Pelos exemplos acima, percebe-se que existe um movimento relativamente antigo dos Tribunais Brasileiros para que o *habeas corpus* não seja conhecido, entretanto, caso seja analisada uma violação teratológica a determinado direito

⁴⁶ Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 25.06.2021.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 153.959/SP. Impetrante: Fabres Lene de Aquino Delmondes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: José Manoel Francisco. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília/DF, julgado em 14.05.2010. Publicado em 14.06.2010.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 416.960/SP. Impetrante: Efrain da Silva Lima. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Gláucio Selbmann Filho. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília/DF, julgado em 12.12.2017. Publicado em 01.02.2018.

constitucional ou infraconstitucional, dependendo da competência do Colegiado Julgador, a ordem é concedida de ofício, ficando ao subjetivismo do judiciário decidir o que é ou não teratológico e, por conseguinte, quando se aplica o movimento de jurisprudência defensiva, enquanto mecanismo de filtragem:

Os tribunais superiores têm a grande função de apontar o rumo correto a ser seguido na interpretação e aplicação da Constituição e da lei federal. Devem, pois, ser tomados como exemplos do cuidado com que a norma jurídica deve ser interpretada e aplicada. A criação de requisitos recursais à margem da lei definitivamente não corresponde ao papel que deve ser desempenhado pelos tribunais. Esse, a meu ver, é o maior problema da jurisprudência defensiva. Os tribunais — e, no que respeita ao tema, especialmente os tribunais superiores — devem atuar com retidão, ao aplicar a lei. A criação de “entraves e pretextos” não previstos na norma jurídica “para impedir a chegada e o conhecimento de recursos” mancha a imagem daqueles tribunais que deveriam servir de guias na interpretação da própria lei. (MEDINA, 2013)

O já falecido Ministro Humberto Gomes de Barros, ex-presidente do Superior Tribunal de Justiça, já advertiu, em seu discurso de posse na presidência do Tribunal, para a “existência de uma ‘jurisprudência defensiva’, consistente na criação de ‘pretextos’ para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos” (TORON, 2017, p. 30).

Não se critica, aqui, a louvável disposição do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Entrementes, deve o julgador conceder a ordem de ofício, quando se deparar com flagrantes ilegalidades e teratologias.

O que não pode existir, entretanto, é uma série de requisitos objetivos que obstem o conhecimento de *habeas corpus*, possíveis de afastamento somente se verificadas ilegalidades ou teratologias, com hipóteses não previstas no ordenamento jurídico. Elucidativos são os ensinamentos de Carlos Maximiliano:

Escritores de prestígio excluem a exegese extensiva das leis penais, por serem estas excepcionais, isto é, derogatórias do Direito comum; a outros se não afigura logicamente possível enquadrar em tal categoria um ramo inteiro da ciência jurídica. Para estes a razão da originalidade é outra; as disposições repressivas interpretam-se estritamente porque, além de serem preceitos de *ordem pública, mandam fazer ou proíbem que se faça*. Em geral as normas concernentes a determinada função de interesse público *ordenam* ou *vedam*, a estas injunções ou proibições, destinadas a assegurar o equilíbrio social, aplicam-se no sentido *exato*; não se *dilatam*, nem *restringem* os seus termos. *Permittitur quod non prohibetur*: “o que não está proibido, é permitido.” Admite-se a extensão quando as leis não são *imperativas*, nem *proibitivas*; mas *indicativas, reguladoras, organizadoras*; porque, nesse caso, não interessam os fundamentos da ordem de coisas estabelecida.

(MAXIMILIANO, 2003, pp. 263-264)

A análise de flagrante ilegalidade ou teratologia deve ser exercida sem as amarras de requisitos formais, para que possa, assim, ser plenamente exercido o direito a um devido processo legal com seus consectários lógicos: contraditório e ampla defesa.

Entrementes, a defesa técnica do réu, ao se deparar com casos de conhecimento, não conhecimento, provimento parcial, provimento total ou não conhecimento com ordem concedida de ofício, da mesma maneira vai impetrar o *habeas corpus* e fazer uso de todos os recursos inerentes, considerando a possibilidade de “acerto lotérico”.

Levando-se em conta o histórico do instituto jurídico do *habeas corpus*, assim como a própria normativa brasileira que atribui absoluta informalidade em critérios de admissibilidade, não se revela compatível com os princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa que sejam impostas limitações jurisprudenciais ao cabimento do *writ*, sem que exista qualquer alteração no direito promulgado.

Sobre a informalidade, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se debruçar sobre *habeas corpus* impetrados por presos, redigidos de próprio punho. Em 13 de janeiro de 2016, por exemplo, o então presidente da Corte, Min. Ricardo Lewandowski, analisou o HC 132.488/SP⁴⁹, impetrado através de petição manuscrita pelo motoboy Gabriel Scarcelli Barbosa. Foi determinada, em sede de plantão judiciário, a revogação da prisão preventiva. O *writ* deixou de ser conhecido por “ser incabível o questionamento da decisão de primeira instância diretamente no STF”, mas a ordem foi concedida de ofício porque os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal não foram corretamente demonstrados, sendo impossível a determinação da prisão com base na mera gravidade abstrata do delito.

O assunto não é novidade. A própria Corte Suprema disponibiliza o Relatório de Atividades de 2019, da ex-presidência do Ministro Dias Toffoli:

⁴⁹ **Decisão garante a motoboy direito de responder a processo em liberdade.** Supremo Tribunal Federal, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=307906>>. Acesso em: 27.04.2021.

O habeas corpus, previsto no artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal e no Código de Processo Penal (artigos 647 a 667), pode ser redigido de próprio punho e mandado em forma de carta aos tribunais, mesmo que o remetente esteja preso. É assim que chegam ao Supremo Tribunal Federal milhares de cartas de presos hipossuficientes encaminhadas à Central do Cidadão.

[...]

Uma carta assim – escrita à mão por um preso sem recursos financeiros e enviada ao STF – mudou, em fevereiro de 2006, a jurisprudência da Suprema Corte a respeito da aplicação de progressão de regime para condenados por crimes hediondos. A progressão nesses casos foi admitida por seis votos a cinco no julgamento do HC 82959, quando o Tribunal declarou inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos)⁵⁰.

No *habeas corpus*, que pode ser impetrado inclusive pelo preso, escrito de próprio punho e em um saco de pão ou papel higiênico, é necessário pensar se é razoável exigir requisitos formais, a exemplo do prequestionamento. Ainda a título de exemplo, diante da ausência de previsão legal, deve haver reflexão sobre a possibilidade de inadmitir *habeas corpus* que substitui recurso próprio de instância ordinária, ou mesmo que busca trancamento de ação penal ou inquérito policial devido à utilização de provas ilícitas, já que este meio, mesmo que indevido, pode lastrear uma condenação ou prisões cautelares, ameaçando a liberdade a longo prazo.

Lado outro, considerando a possibilidade de recurso em *habeas corpus*, o Min. Gilmar Mendes já concedeu liminar para determinar⁵¹ ao Superior Tribunal de Justiça que requisitasse informações da autoridade apontada como coatora (juízo de execução criminal do Distrito Federal), para esclarecer as alegações contidas na petição de *habeas corpus*. Neste caso, o impetrante/paciente contestou a determinação de regressão a regime prisional mais gravoso, tendo o STJ simplesmente remetido os autos à Defensoria Pública da União para que tomasse as providências cabíveis, sem requisitar quaisquer informações da autoridade coatora. No recurso em *habeas corpus*, a DPU requereu tão somente o conhecimento do *writ*

⁵⁰ **Relatório de Atividades: Central do Cidadão do STF prestou mais de 60 mil atendimentos em 2019.** Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=436507&ori=1>>. Acesso em: 27.04.2021.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* nº 113.315/DF. Recorrente: Defensoria Pública da União. Paciente: Edivaldo Laurentino da Silva. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, julgado em 18/06/2013. Publicado em 01/08/2013.

que foi liminarmente indeferido.

O art. 654 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) é taxativo quanto à possibilidade de que qualquer pessoa impetre o *habeas corpus*. No mesmo sentido é o art. 1º, § 1º, do Estatuto do Advogado (Lei nº 8.906/94), com a menção de que “não se inclui na atividade privativa da advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal”.

Uma vez definidos os contornos jurídicos acerca da impossibilidade de limitação do direito de defesa, impondo ao *habeas corpus*, de natureza essencialmente informal, uma série de requisitos objetivos para conhecimento, processamento e julgamento, devem ser analisados os efeitos, pensando-se no problema como procedência de “um nexos compreensivo já preexistente que, de início, não se sabe se é um sistema lógico, quer dizer, um conjunto de deduções, ou algo distinto, e se se trata de algo que pode ser visto de forma abrangente” (VIEWEG, 1979, p. 35).

Sobre o sobredito nexos compreensivo, o decote em *habeas corpus* parece ter relação com a crise do sistema carcerário, da segurança pública e do judiciário brasileiros. O problema deve ser pensado no sistema em que está inserido:

O modo de pensar sistemático procede do todo. A concepção é nele o principal e permanece sempre como o dominante. Não há que se buscar um ponto de vista. O ponto de vista está adotado desde o princípio. E a partir dele se selecionam os problemas. Os conteúdos do problema que não se conciliam com o ponto de vista são rejeitados. São considerados como uma questão falsamente colocada. Decide-se previamente não sobre a solução dos problemas, mas sim sobre os limites dentro dos quais a solução pode mover-se. (HARTMANN *apud* VIEWEG, 1979, p. 35)

O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, em voto divergente da relatoria e vencedor, já declarou⁵² que cabe ao Judiciário zelar pela razoável duração do processo, garantindo aos jurisdicionados a apreciação de lesão ou ameaça a direito. Entendeu o jurista sergipano pena necessidade de garantir a universalização da Justiça.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 91.041/PE. Impetrante: Sonilda de Lima e Silva Gomes e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Jorge Eduardo Stein. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília/DF, julgado em 05/06/2007. Publicado em 16/08/2007.

Na hipótese acima, o Supremo Tribunal Federal determinou que o Superior Tribunal de Justiça julgasse *habeas corpus* pendente de julgamento pelo lapso temporal de seis meses. Prevaleceu a divergência do ex-Ministro no sentido de que o *habeas corpus* é instrumento de “presteza máxima [...] incompatível com a vaga informação de que – nas palavras do agente apontado como coator – o julgamento ocorrerá em tempo ‘oportuno’”.

Vale a pena transcrever as palavras do ex-Ministro, na brilhante parte do seu voto em que trata da falta de estrutura do Poder Judiciário, especificamente em relação ao Superior Tribunal de Justiça:

Não que este modo de interpretar a Constituição Federal signifique um olímpico fechar de olhos para a crucial realidade do Superior Tribunal de Justiça, traduzida em ter que decidir um número de processos para muito além da resistência física dos seus reconhecidamente devotados e competentes ministros. Não é isso. Mas o que importa considerar, em termos de decidibilidade, é que os jurisdicionados não podem pagar por um débito a que não deram causa... O débito é da Justiça e a fatura tem que ser paga é pela Justiça mesma. Ela que procure e encontre – peça elementar que é da engrenagem estatal – a solução para esse brutal descompasso entre o número de processos que lhe são entregues para julgamento e o número de decisões afinal proferidas. Descompasso tanto mais vexatório quanto reportante aos processos de *habeas corpus*, voltados que são para a tutela dessa prima-dona das liberdades, que é a liberdade de locomoção.

Saliente-se que as palavras acima foram tecidas ainda no ano de 2007, quando foram impetrados 24.450 *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, contra 81.920 impetrações no ano de 2020⁵³.

Com o extraordinário aumento do número de processos, frente à insuficiência do Estado-Juiz para julgar todos os casos que se apresentam, tem-se o meio de cultura ideal para ativismo judicial e jurisprudência defensiva, causando cerceamento de defesa e menoscabo aos direitos humanos.

⁵³ Para melhor visualizar o histórico dos números, ver anexos deste trabalho.

7 CONCLUSÕES.

O *habeas corpus*, historicamente, é instrumento pautado numa atuação democrática de processo penal, visando coibir agressão atual ou iminente sobre a liberdade de indivíduo, fruto de arbitrariedade, abuso de poder ou ilegalidade, com quase que absoluta ausência de rigor formal previsto em lei.

Considerando que a Edição nº 36 de Jurisprudência em Teses, que versa apenas sobre *habeas corpus*, está datada em 10 de junho de 2015, seria de se supor que os mecanismos defensivos – critérios objetivos para conhecimento e processamento – tenham surtido efeito nos anos posteriores.

Todavia, consta nos anexos deste trabalho, onde foi feita uma análise dos números oficiais divulgados pelo Superior Tribunal de Justiça, que: em 2015 foram impetrados 32.972 *habeas corpus*; em 2016, 37.667; em 2017, 47.415; em 2018, 55.450; em 2019, 68.059 e; em 2020, 81.920.

Incumbe ao Ministério Público e às polícias o combate à criminalidade. Ao magistrado, qualquer que seja a instância na competência criminal, incumbe o dever de velar pela legalidade e forma dos atos, aqui encarados como garantias e limitações ao poder de punir indiscriminado.

O magistrado deve se manter em posição equidistante das partes, atuando de forma que não seja maculada a sua imparcialidade, inclusive através de produção probatória de ofício, seja pendendo para a acusação, seja pendendo para a defesa. No processo penal, deve o magistrado tão somente figurar na condição de expectador, decidindo quando provocado e dando impulso oficial ao processo. E mais: decidindo de forma que seja realizada uma limpeza mental prévia para somente considerar, em caráter antecedente, as provas dos autos e o ordenamento jurídico, e não sua convicção pessoal.

Não é possível admitir que um julgador, primeiro, exerça seu juízo de valor, para que depois procure uma forma de justificar sua decisão primeva. E aqui, o argumento vale para ambos os lados, seja para condenar, seja para absolver. Deve o julgador analisar os autos, cotejando com o ordenamento jurídico, para então formar o seu juízo de valor.

A realidade jurisdicional brasileira exprime uma probabilidade de estabelecimento de critérios objetivos que estreitam as hipóteses de cabimento para diminuir a quantidade de impetrações de *habeas corpus* (supondo-se que os números seriam maiores sem os critérios), ou facilitam o julgamento – especialmente monocrático – com a aplicação de critérios repetitivos.

Decerto que a defesa, seja advocacia privada ou dativa, ou defensoria pública, considerando a quantidade de ordens concedidas de ofício, a ausência de despesas processuais, o rito célere e a facilidade de cognição, com certeza continuará impetrando *habeas corpus* nos Tribunais, sustentando existência de flagrante ilegalidade ou abuso de poder para tentar driblar a jurisprudência defensiva.

No Brasil, sobredita forma de pensar ainda precisa ser alvo de uma reforma estrutural, com conscientização dos atuantes no Poder Judiciário, porque parece infrutífera a tentativa de prever todas as hipóteses de ilegalidade ou teratologia que seriam aptas a forçar a concessão da ordem de *habeas corpus*, mesmo que não conhecido, ou até o inverso: prever todas as hipóteses em que um *habeas corpus* não poderia ser conhecido, considerando todas as outras como possibilidades de adentrar no mérito em razão da existência de ilegalidade ou teratologia.

Como exposto em diversos casos existentes e fundamentados, muitos dos *habeas corpus* que atingem a Corte do Superior Tribunal de Justiça são baseados em flagrantes ilegalidades e desrespeitos ao ordenamento jurídico. São abundantes os remédios constitucionais impetrados em razão de inversão tumultuária nas audiências de instrução (antecipação de interrogatório), imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso, fundamentação de prisões preventivas na gravidade abstrata do delito, indicações de súmulas e artigos de leis sem fazer a correlação com o caso concreto, imposição de sanção disciplinar a preso sem processo administrativo prévio, dentre outros.

Tais casos levam à conclusão de que não basta ampliar sobremaneira o Poder Judiciário para que seja possível o julgamento de todos os recursos criminais. Ao revés, a reforma deve ser não só quantitativa, mas também qualitativa, com maior critério de seleção e capacitação dos magistrados, no escopo de não cometerem ilegalidades logo no juízo de origem.

Como se observa, muitos dos julgados emanados do Superior Tribunal de Justiça deixam de conhecer o *habeas corpus*, mas concedem a ordem de ofício, em razão da decisão de origem estar em manifesta dissonância com o entendimento já pacificado pelo Tribunal Superior.

O oferecimento de cursos de capacitação, específicos da área criminal, especialmente aos magistrados de primeira instância, parece ser uma ideia que, não obstante a alocação de recursos públicos, a longo prazo vai ser capaz de diminuir a quantidade de recursos que chegam às cortes superiores em razão de manifesto desrespeito ao ordenamento jurídico, ou mesmo a precedentes dos Tribunais.

Tal proposta tem o condão de evitar que magistrados com maior aptidão a determinada área jurídica tenham que lidar, sem larga experiência, com o direito criminal, como ocorre com o remanejamento realizado em varas, comarcas e tribunais, de acordo com a necessidade oriunda das variações no quadro de pessoal.

Paralelamente à reforma qualitativa, que exige empenho governamental, de gestão e financeiro, é necessário pensar em uma forma de ampliação numérica do Poder Judiciário, que não busque tanto as suas escusas na justiça penal negocial.

Existe uma tendência à ampliação das formas de resolução de lides penais através da negociação, a exemplo da delação premiada, da transação penal, do acordo de não persecução penal e da suspensão condicional do processo.

Contudo, deve-se ter em mente que o *habeas corpus* pode ser manejado ainda na fase de inquérito policial, quando sequer é acionada a jurisdição para que exista a possibilidade de autocomposição, mesmo que condicionada à reparação dos danos.

Ademais, muitos dos institutos de justiça negocial exigem a confissão do acusado, a exemplo do acordo de não persecução penal e da delação premiada, o que pode afastar em parte o direito de defesa devido à aceitação do “negócio” por receio de ser processado e julgado.

Deve-se considerar também que muitas das prisões realizadas, ou das medidas cautelares determinadas, a exemplo de prisão preventiva, prisão temporária, busca e apreensão e interceptação telefônica, costumam anteceder a denúncia. Na maioria das vezes o investigado sequer tem a noção de que está sendo alvo de tais medidas, sendo possível o manejo de *habeas corpus* para suprir ilegalidades que por

ventura se apresentem.

Estas situações desmontam o argumento de que a justiça negocial aplicável ao processo penal é capaz de suprir a necessidade de ampliação do efetivo jurisdicional, mesmo porque pensar os mecanismos de julgamento sem pensar em políticas públicas de prevenção criminal não vai impedir o aumento da criminalidade.

Deve-se lembrar que incumbe ao Estado realizar não só uma prestação jurisdicional adequada, *in casu*, no processo penal em defesa às garantias do réu, mas também garantir que não se forme na sociedade um cenário que favoreça a criminalidade, através de investimentos em políticas de segurança pública, educação, saneamento básico e dignidade da pessoa humana, com todos os seus atributos inerentes.

É preciso abandonar a noção de que velar pelas garantias é cotejar a impunidade. O jurisdicionado deve ter a consciência de que uma flexibilização de determinado direito, no processo penal, é aplicada em efeito cascata a todas as pessoas, em todas as classes sociais, ainda mais em um país de *civil law* que tanto flerta com a teoria do caso precedente.

O Poder Judiciário, considerando o histórico do *habeas corpus* e os princípios que regem o Direito Penal, deveria estar equipado para conhecer todas as ordens impetradas, considerando que busca-se defender um indivíduo que está sendo investigado e processado por todo o aparato do Estado.

Obviamente, todas as medidas acima devem considerar a matriz constitucional e histórica do Direito Penal enquanto meio que visa limitar o poder de punir do Estado, desde sua essência, e não combater a criminalidade. As formas e garantias devem valer para todos, de qualquer classe social, cor de pele, gênero ou nacionalidade.

As ampliações qualitativas e quantitativas aqui defendidas devem ser realizadas com o necessário atrelamento a uma mudança de perspectiva, de visão de mundo, inclusive, se necessário, com influência nos cursos jurídicos de graduação, notadamente porque pode-se ampliar o efetivo e capacitá-lo tecnicamente, entretanto, com uma visão deturpada da forma de aplicação e julgamento do direito penal e do direito processual penal.

Com o adequado estudo histórico e jurídico, percebe-se que ao Estado

incumbe melhorar a qualidade – numérica e intelectual – de seus agentes (judicantes, legiferantes e governantes), mas não incumbe ao cidadão pagar uma conta que não lhe cabe, ainda mais sendo cerceado do seu mais efetivo meio de impugnar atos ilegais e abusivos: o *habeas corpus*.

REFERÊNCIAS

1 ed. Sage Publications, Inc, 2008. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos ("**Pacto de San José de Costa Rica**"), 1969.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BADARÓ, Gustavo. **Doutrina e prática do *habeas corpus***. Belo Horizonte: Sigla, 1998.

BRASIL. **Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969**. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm>. Acesso em: 21.02.2021.

_____. **Boletim Estatístico do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/>>. Acesso em: 10.02.2021.

_____. **Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832**. MAPA - Memória da Administração Pública Brasileira. Governo Federal, 2016. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/282-codigo-de-processo-criminal-de-primeira-instancia-de-1832>>. Acesso em: 03.02.2021.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10.02.2021.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23.02.2021.

_____. **Composição**. Superior Tribunal de Justiça, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Composicao>>. Acesso em: 13.04.2021.

_____. **Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 10.02.2021.

____. **Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10.02.2021.

____. **Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 10.02.2021.

____. **Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 10.02.2021.

____. **Constituição (1967) Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 10.02.2021.

____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10.02.2021.

____. **Decisão garante a motoboy direito de responder a processo em liberdade.** Supremo Tribunal Federal, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=307906>>. Acesso em: 27.04.2021.

____. **Decreto Presidencial nº 678.** Brasília, DF: Centro Gráfico, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10.02.2021.

____. **Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926.** Rio de Janeiro, 1926. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm>. Acesso em: 12.04.2021.

____. **Estatuto da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil.** Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm>. Acesso em: 14.03.2021.

____. **Jurisprudência em Teses.** Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>>. Acesso em: 29.04.2021.

____. **Jurisprudência em Teses: Edição nº 36, habeas corpus.** Superior Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2036%20-%20Habeas%20Corpus.pdf>. Acesso em: 29.04.2021.

____. **Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006.** Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 11.02.2021.

____. **O Supremo Tribunal Federal e o Golpe de 64.** Supremo Tribunal Federal, 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62507>>. Acesso em: 07.02.2021.

____. **Quantitativo de Servidores do Quadro de Pessoal por Área de Lotação.** Superior Tribunal de Justiça, 2020. Disponível em: <https://transparencia.stj.jus.br/wp-content/uploads/TLP_QUADRO-DE-PESSOAL.pdf>. Acesso em 13.04.2021.

____. **Relatório de Atividades: Central do Cidadão do STF prestou mais de 60 mil atendimentos em 2019.** Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=436507&ori=1>>. Acesso em: 27.04.2021.

____. **Resolução nº 185 de 18/12/2013.** Conselho Nacional de Justiça, 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1933>>. Acesso em: 13.04.2021.

____. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa.** Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>.

Acesso em: 23.02.2021.

____. **STJ define hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sob o novo CPC.** Superior Tribunal de Justiça, 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/STJ-define-hipoteses-de-cabimento-do-agravo-de-instrumento-sob-o-novo-CPC.aspx>>. Acesso em: 23.01.2021.

____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 153.959/SP. Impetrante: Fabres Lene de Aquino Delmondes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: José Manoel Francisco. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília/DF, julgado em 14.05.2010. Publicado em 14.06.2010.

____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 219.433/SP. Impetrante: Paulo Henrique de Moraes Sarmiento. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: José Cláudio Furlan. Relator: Ministro Newton Trisotto, Desembargador convocado do TJSC. Brasília/DF, julgado em 07/10/2014. Publicado em 10/10/2014.

____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 245.963/RJ. Impetrante: José Gerardo Grossi e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Paciente: Marcelo Roberto de Oliveira Bruno. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília/DF, julgado em 12.05.2015. Publicado em 28.05.2015.

____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 305.716/SP. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Pennee Waiya. Relator: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Brasília/DF, julgado em 03/03/2015. Publicado em 11/03/2015.

____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 306.677/RJ. Impetrante: Rafael Cunha Kullmann e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Francis Maier Boing. Relator: Ministro Ericson Maranhão, Desembargador convocado do TJSP. Brasília/DF, julgado em 19.05.2015. Publicado em 28.05.2015.

____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 307.017/PB. Impetrante: Newton Nobel Sobreira Vita e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Paciente: José Simão de Sousa. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília/DF, julgado em 12/05/2015. Publicado em 25/05/2015.

____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 311.257/AL. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Alagoas. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Alagoas. Paciente: Erlan Fernandes Lopes. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília/DF, julgado em 24.03.2015. Publicado em 15.04.2015.

____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 416.960/SP. Impetrante: Efrain da Silva Lima. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Gláucio Selbmann Filho. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília/DF, julgado em 12.12.2017. Publicado em 01.02.2018.

____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 55.701/BA. Recorrente: Miraci dos Santos Pereira. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília/DF, julgado em 19/05/2015. Publicado em 27/05/2015.

____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 55.974/SP. Recorrente: José Roberto Dantas da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ericson Marinho, Desembargador convocado do TJSP. Brasília/DF, julgado em 10/03/2015. Publicado em 20/03/2015.

____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 86.864/SP. Impetrante: José Roberto Batocchio. Paciente: Flávio Maluf. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, julgado em 20.10.2005. Publicado em 16.12.2005.

____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 3697. Paciente: Nilo Peçanha. Impetrado: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Enéas Galvão. Rio de Janeiro/RJ, julgado em 16.12.1914. Publicado na Revista do STF, jul./set./1915, p. 3-28.

____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* nº 113.315/DF. Recorrente: Defensoria Pública da União. Paciente: Edivaldo Laurentino da Silva. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, julgado em 18.06.2013. Publicado em 01.08.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Recorrente: Branco Bradesco S.A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília/DF, julgado em 03.12.2008. Publicado em 05.06.2009.

Constituição do Brasil é a melhor do mundo, diz Carlos Ayres Britto. **TV Senado, 2018**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z9y30Si0jOE>>. Acesso em: 06.03.2021.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. Patente constrangimento ilegal e a superação da súmula 691 pelo próprio STF. Jusbrasil, 2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1603777/patente-constrangimento-ilegal-e-a-superacao-da-sumula-691-pelo-proprio-stf>>. Acesso em 15.05.2021.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal. Vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial?: Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88**. Dossiê: 25 anos da Constituição Federal. Novos estudos: CEBRAP. Julho, 2013. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/nec/a/f3KMkr8CHVjSCCGvqZdYfmk/?lang=pt#>>. Acesso em: 15.06.2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 21.06.2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Habeas Corpus**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

O DNA do Positivismo - Lênio Luiz Streck. Studio STR, 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Sedxr0UIXks&list=WL&index=13&t=1866s>>. Acesso em: 12.03.2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo Judicial e Estado de Direito**. Revista Eletrônica do Curso de Direito: Universidade Federal de Santa Maria. v. 4, nº 1, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028>>. Acesso em 18.06.2021.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Procedimentos e nulidades no jogo processual penal: ação, jurisdição e devido processo legal**. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 51-61. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>>. Acesso em: 21.06.2021.

TORON, Alberto Zacharias. Cronologia dos memoriais: retrato do autoritarismo da Lava Jato. **IBCCRIM**, 03.12.2019. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/7167/>>. Acesso em: 25.05.2021.

_____. **Habeas Corpus - Controle do Devido Processo Legal: questões controvertidas e de processamento do Writ**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

VIEHWEG, Theodor. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. **Tópica e Jurisprudência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1979.

ANEXO A – TABELA COM NÚMEROS DE *HABEAS CORPUS*, RECURSOS EM *HABEAS CORPUS* E PROCESSOS DE TODAS AS CLASSES, NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 2006 A 2020.

ANO	DISTRIBUIÇÃO DE HC	VARIAÇÃO DE HC EM RELAÇÃO AO ANO ANTERIOR	DISTRIBUIÇÃO DE RHC	VARIAÇÃO DE RHC EM RELAÇÃO AO ANO ANTERIOR	NÚMERO ABSOLUTO DE NOVOS PROCESSOS DISTRIBUÍDOS NO STJ
2006	21.100	-	1.849	-	251.020
2007	24.450	3.350	2.131	282	313.364
2008	26.973	2.523	2.347	216	271.521
2009	32.549	5.576	2.213	-134	292.103
2010	35.820	3.271	2.033	-180	228.981
2011	36.125	305	2.325	292	290.901
2012	32.427	-3.698	3.124	799	289.524
2013	23.252	-9.175	9.180	6.056	309.677
2014	27.169	3.917	10.963	1.783	314.316
2015	32.972	5.803	11.899	936	332.905
2016	37.667	4.695	12.822	923	335.779
2017	47.415	9.748	13.687	865	327.129
2018	55.450	8.035	13.521	-166	348.416
2019	68.059	12.609	15.226	1.705	374.366
2020	81.920	13.861	18.627	3.401	354.398
DIFERENÇA DE DISTRIBUIÇÃO DE HC ENTRE 2006 E 2020					60.820
AUMENTO PERCENTUAL DE DISTRIBUIÇÃO DE HC ENTRE 2006 E 2020					288,24%
DIFERENÇA DE DISTRIBUIÇÃO DE RHC ENTRE 2006 E 2020					16.778
AUMENTO PERCENTUAL DE DISTRIBUIÇÃO DE RHC ENTRE 2006 E 2020					907,40%
DIFERENÇA DO NÚMERO ABSOLUTO DE PROCESSOS ENTRE 2006 E 2020					103.378
AUMENTO PERCENTUAL DO NÚMERO ABSOLUTO DE PROCESSOS ENTRE 2006 E 2020					41.18%

Tabela confeccionada pelo autor com os números oficiais divulgados no sítio eletrônico⁵⁴ do Superior Tribunal de Justiça.

⁵⁴ BRASIL. **Boletim Estatístico do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584>>. Acesso em: 10.02.2021.

ANEXO B – GRÁFICO COM VARIAÇÃO DE PROCESSOS DISTRIBUÍDOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 2007 A 2020.

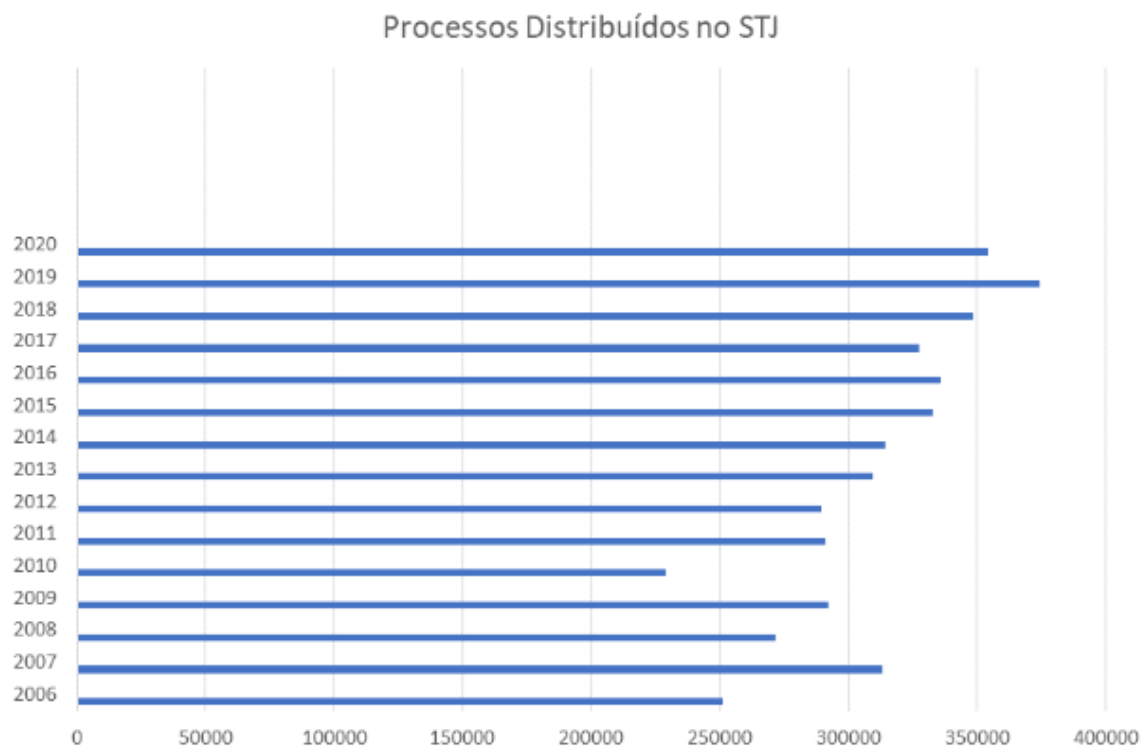


Gráfico confeccionado pelo autor com a mesma fonte utilizada no Anexo A.

ANEXO C – GRÁFICO COM VARIAÇÃO DE *HABEAS CORPUS* DISTRIBUÍDOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 2007 A 2020.

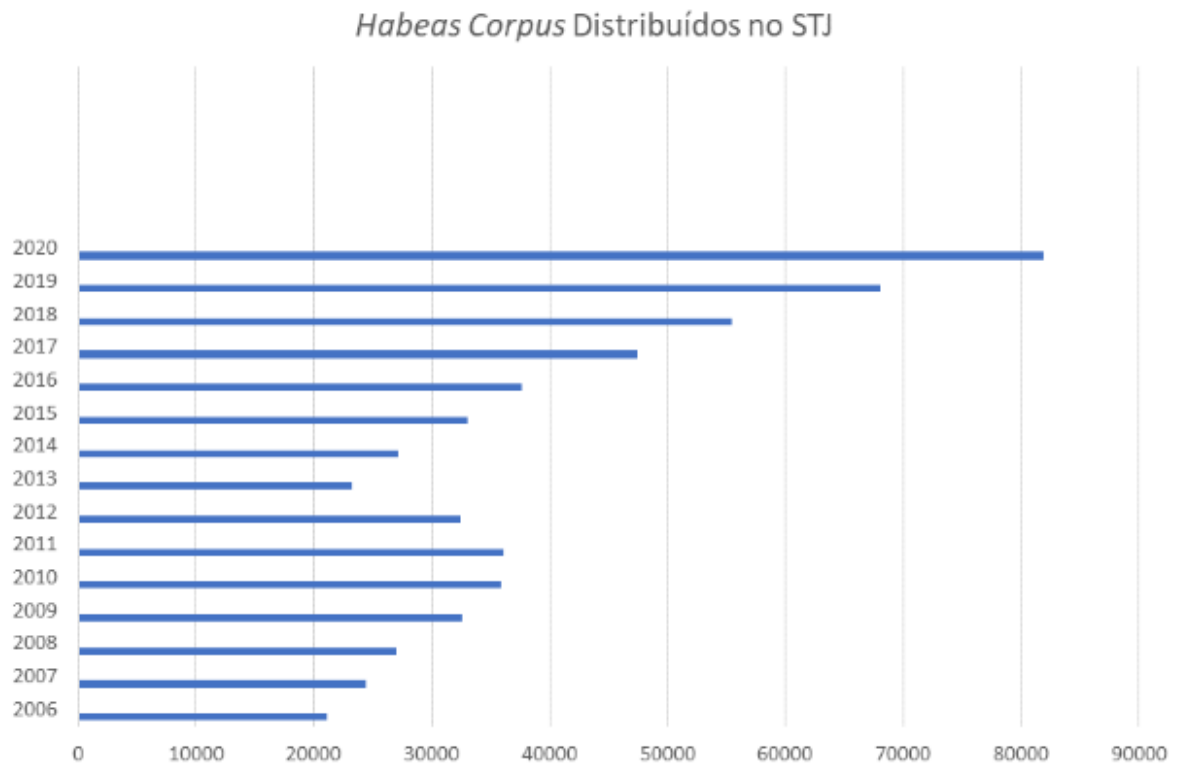


Gráfico confeccionado pelo autor com a mesma fonte utilizada no Anexo A.

ANEXO D – GRÁFICO COM VARIAÇÃO DE RECURSOS ORDINÁRIOS CONSTITUCIONAIS DISTRIBUÍDOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 2007 A 2020.

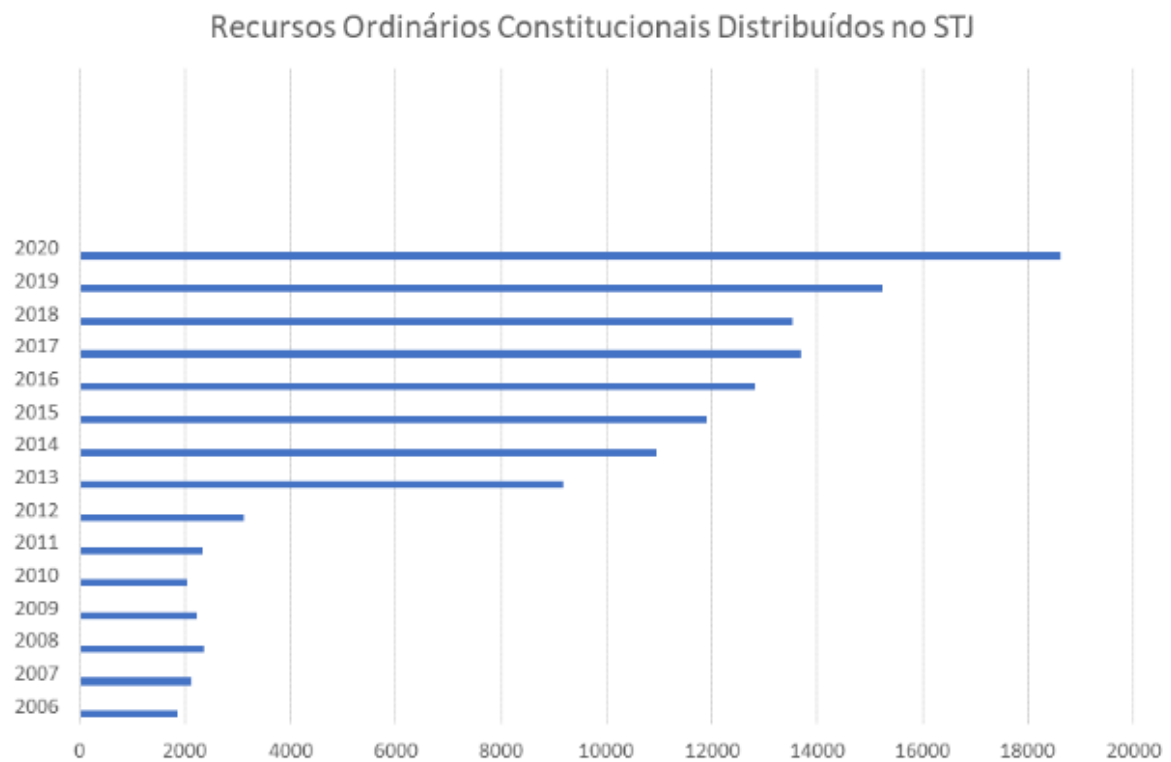


Gráfico confeccionado pelo autor com a mesma fonte utilizada no Anexo A.